

**PROCESSO** - A. I. N° 161729.0014/11-3  
**RECORRENTE** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 135-01/12  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 15/03/2013

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0057-11/13

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que não foi utilizado pauta fiscal na apuração da base de cálculo do imposto exigido, nem desconsideração a desconto incondicional. Não previsto compensação de crédito fiscal nesta fase processual. Quanto ao recolhimento do imposto no prazo previsto no art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC, por não possuir autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias, restou demonstrado nos autos que o contribuinte ingressou com Mandado de Segurança tratando de matéria idêntica a que fora objeto do presente Auto de Infração, o que importa na renúncia ao direito de postular impugnação na esfera administrativa, nos termos dos artigos 117 e 122, IV, do RPAF/BA. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99. O Auto de Infração lavrado, em 28/10/11, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, devido pela operação própria, com valor de R\$11.286,00, acrescido da multa de 60%.

Consta na Descrição dos Fatos que: “*Falta de comprovante de recolhimento do ICMS por antecipação Tributária referente aos DANFE nº 20646, 20647, 20654, 20659, 20660 e 20655, emitidas por contribuinte descredenciado pela COPEC/SEFAZ, correspondente à 30.000 (trinta mil) lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA conforme decreto nº 6.284/97.*”

O Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração da seguinte forma:

*Da análise das peças que compõem o processo, especialmente o Termo de Apreensão e Ocorrências, constato que a efetiva razão do lançamento foi a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias com álcool hidratado carburante, uma vez que o autuado não possuía autorização da COPEC para efetuar o recolhimento do imposto no prazo normal.*

*Constato que o presente Auto de Infração decorre da renovação da ação fiscal em função da Decisão prolatada pela 4ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração nº 161729.0008/09-1, fls. 14 a 16.*

*Na peça defensiva o impugnante trata de questões atinentes ao princípio da não-cumulatividade do ICMS aduzindo que o recolhimento no momento da saída da mercadoria na forma que lhe fora imposta impede o seu exercício do direito de compensar créditos e débitos.*

*Aduz que apesar de ter requerido junto à COPEC autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, não foi atendido. Em razão desta recusa diz que impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar para que obtivesse autorização. Afirma que se encontra em pleno vigor a liminar concedida, fl. 27, lhe autorizando o recolhimento o ICMS Normal até o dia 9º do mês subsequente. Asseverando, que é ilícita a lavratura do Auto de Infração pois entende que está judicialmente a assim proceder.*

*Ao compulsar os autos verifico que, a cópia do Mandado de Segurança prolatado pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública no PROC. 0108869-59.2011, carreada aos autos pelo impugnante, fls. 27 e 28, datado de 09/11/2011 com a ciência da Decisão dada pela autoridade apontada como coatora, no caso, pelo senhor Superintendente da Administração Tributária - SAT/SEFAZ em 11/11/2011, portanto, após a lavratura do Auto de Infração que ocorrera em 28/10/2001. Assim, resta patente que a vigência da medida liminar é ulterior aos fatos, ora apurados, por isso, não repercute no presente Auto de Infração. Portanto, ao contrário do entendimento sustentado pelo impugnante é lícito o lançamento de ofício.*

*Analizando os documentos fiscais, que embasaram a autuação, fica com clareza cristalina que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo os valores destacados nas Notas Fiscais pelo contribuinte autuado.*

*Os valores autuados foram os destacados nos documentos fiscais e foram indicados pelo contribuinte autuado nos DANFES nº 20646, 20647, 20654, 20659, 20660 e 20655, anexo aos autos às fls. 07 a 12.*

*Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão, fl. 04, e nos aludidos DANFES, fls. 07 a 12 o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias (ICMS NORMAL, objeto da autuação), conforme determina o 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, devendo o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, devendo, ainda, constar o número da autenticação consta no corpo da própria nota fiscal, em conformidade com os incisos II e III do citado artigo, in verbis:*

*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.*

*A leitura do dispositivo regulamenta acima reproduzido, não deixa dúvida, que o ICMS normal devido na operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possua 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, o que demonstra o acerto da ação fiscal.*

*Pelo acima exposto, entendo que restou comprovado que o autuante apenas exigiu o pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado e que não recolhido no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas 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.*

*Quanto à consideração dos créditos fiscais pleiteada pelo autuado, verifico que não é possível a compensação nos presentes autos, tendo em vista que a apropriação do imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição deverá ocorrer no período próprio 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.*

*Em relação 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.*

*Quanto à redução da multa, também pleiteada pelo impugnante, observo que no presente caso, por se tratar 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.*

No Recurso interposto (fls. 57/65), o recorrente argumenta que a Decisão deve ser reformada por entender que não perpetrou qualquer infração à legislação tributária.

Afirma que “a majoração do ICMS – Substituição influencia 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”. Alega que o instrumento da pauta fiscal não possuiu respaldo legal, como sedimentado na Súmula 431 do STJ: “É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime de pauta fiscal”.

Alega que o valor arbitrado pelo fisco foi de R\$2,00 por litro de álcool, enquanto adquire a mercadoria por R\$0,91, ou seja, majorando em mais de 100% para fins da pauta fiscal.

Também que “não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional” que foi inserido no sistema (software) de Nota Fiscal Eletrônica (NFe) que gerou o cálculo do imposto.

Argumenta que a exigência fiscal decorre do não recolhimento do ICMS por antecipação tributária sobre a operação própria na venda de Álcool Hidratado, sem poder exercer o seu direito de compensar o crédito fiscal referente à aquisição das mercadorias, em obediência ao princípio da não cumulatividade do imposto previsto no art. 155 da CF, artigos 28 e 29, da Lei nº 7.014/96 e o art. 114 do RICMS/BA.

Diz que mesmo entendendo ser absurdo tal restrição contrariando o princípio da não cumulatividade, requereu autorização à COPEC para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS/BA e tendo sido concedido a autorização solicitada, impetrou Mandado de Segurança nº 0108869-59.2011.805.0001, com pedido de Medida Liminar e que se encontra em vigor a Decisão que lhe foi favorável.

Por fim, manifesta que, caso seja mantida a infração, seja excluído a multa e juros imputados, de acordo com o disposto no art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF/Ba, tendo em vista a sua evidente boa-fé, e requer reforma da Decisão para declarar improcedente o Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 78/81 MS 0015805-92.2011.8.05.0001 de 10/02/10, que tramitou na 4ª Vara de Fazenda Pública, impetrada por outra empresa – PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO E OUTRO, relativo a matéria idêntica a que motivou a lavratura deste AI, cuja liminar foi denegada, com extinção do processo sem resolução do mérito (art. 6º, §5º da Lei nº 12.016/09).

O Auto de Infração foi incluído na Pauta Suplementar do dia 21/11/08, tendo esta CJF decidido pelo indeferimento de proposta de realização de diligência à PROFAZ.

## VOTO

No Recurso interposto, de modo geral o recorrente apresentou argumentos para reformar a Decisão.

- a) Utilização indevida da pauta fiscal na apuração da base de cálculo;
- b) Não foi considerada a concessão de desconto incondicional na apuração do imposto;
- c) Na apuração do débito não foi compensado o crédito fiscal da aquisição da mercadoria;
- d) Não foi considerada a concessão de Medida Liminar autorizando a recolher o ICMS devido no mês subsequente a ocorrência do fato gerador.

Quanto à primeira alegação, constato que a mesma não procede, tendo em vista que o ICMS ora exigido refere-se ao “*imposto devido pela operação própria*” e não o ICMS-ST como alegou. No demonstrativo de débito à fl. 2, a base de cálculo apurada corresponde à soma dos valores declarados pelo próprio contribuinte nas NFe cujos DANFES 20647, 20654, 20655, 20660 e 20659 foram acostados às fls. 8/12. Este argumento foi apreciado pela 1ª JJF quando afirmou que “... o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo os valores destacados nas Notas Fiscais pelo contribuinte autuado”.

Da mesma forma, não procede ao segundo argumento, visto que o valor do desconto indicado na NFe interferiu na apuração do ICMS-ST, que não foi objeto de exigência neste lançamento.

Com relação à compensação dos créditos fiscais, também foi apreciado na Decisão da Primeira Instância, conforme abaixo transcrito:

*Quanto à consideração dos créditos fiscais pleiteada pelo autuado, verifico que não é possível a compensação nos presentes autos, tendo em vista que a apropriação do imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição deverá ocorrer no período próprio 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.*

Considerando que o art. 515-B, II, III e §1º do RICMS/97 estabelece que nas operações internas como AHEC deve ser recolhido o ICMS no momento da saída da mercadoria, exceto se autorizado pelo Diretor da Administração Tributária, e não tendo sido feito, não pode ser compensado os créditos fiscais neste processo. Isso não quer dizer que os créditos fiscais da aquisição das mercadorias objeto da autuação não possam ser aproveitados, mediante solicitação de certificado de crédito e comprovação do seu direito.

Por fim, quanto ao argumento de que não foi considerado a concessão de Medida Liminar autorizando a recolher o ICMS devido no mês subsequente a ocorrência do fato gerador, verifico que a 1ª JJF fundamentou sua Decisão afirmando que o MS 0108869-59.2011 prolatado pelo Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública é datado de 09/11/11, em momento posterior ao da lavratura do Auto de Infração ocorrido em 28/10/10 e que não repercutiu neste lançamento de ofício.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que a empresa juntou com a defesa (fls. 27/28) cópia de um MS de nº 0108869-59.2011.805.0001 de 09/11/11, em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública qual assegura suspensão da aplicação do Regime Especial de Fiscalização relativo ao Processo Administrativo Fiscal nº 0391520098, mas, não há identificação do impetrante.

Juntou com o Recurso Voluntário às fls. 66/68, cópia da Decisão relativa ao MS 011845-65.2010.805.0001 de 10/02/10, que tramitou na 4ª Vara de Fazenda Pública identificando como impetrante o recorrente (Petróleo do Valle Ltda).

Pelo exposto, verifico que a exigência fiscal acusa falta de recolhimento do ICMS por antecipação, devido pela operação própria, referente à venda de Álcool Hidratado, por o contribuinte estar descredenciado pela COPEC/SEFAZ, conforme previsto no art. 515-B do RICMS/BA.

Por sua vez a conclusão do deferimento da liminar às fls. 67/68, foi no sentido de “*determinar a Autoridade apontada como Coatora que autorize a Impetrante a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, tudo em conformidade como previsto no artigo 515-B, §§1º e 2º do RICMS*” e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito.

Pelo exposto, constato que o objeto da demanda judicial coincide com o da demanda administrativa, e tendo o sujeito passivo escolhido à via judicial implica na desistência da defesa administrativa, nos termos dos artigos 17, IV cc o art. 117 do RPAF/BA, devendo o processo ser encaminhado à DARC para fins de inscrição na Dívida e em seguida PGE/PROFIS para adoção das

medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão da Primeira Instância, considerando prejudicada a defesa apresentada, mantendo a Decisão pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e considerar **PREJUDICADA** a defesa, no que tange à obrigação tributária principal, e **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **161729.0014/11-3**, lavrado contra **PETROLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, no valor de **R\$11.286,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

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