

**PROCESSO** - A. I. N° 232608.0209/11-8  
**RECORRENTE** - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0029-04/12  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 27/02/2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0060-13/13

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO VÁLIDO. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL O Auto de Infração, modelo 4, far-se-á acompanhar de cópia do Termo de Apreensão e Ocorrências lavrado na ação fiscal, no qual se fundamentará. Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 17/18, não possuía mais validade, consoante previsto no art. 28, § 2º, do RPAF, de forma a servir de prova material da infração e de fundamentar o presente Auto de Infração, razão da propositura pela 2ª CJF, à época, de se renovar o procedimento fiscal através da fiscalização de comércio no estabelecimento do recorrente. Ausência de elemento essencial nos autos, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, *junto ao estabelecimento comercial do recorrente*, para a apuração do débito, caso ainda devido. Exigência fiscal decretada nula de ofício. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuida o presente da apreciação do Recurso Voluntário em relação à Decisão da JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 15/09/2011, acusando da falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 11.048,50, acrescido da multa de 60%, imposto devido pela operação própria.

Descreve o autuante que o presente lançamento foi lavrado para o fim exclusivo de renovação do procedimento fiscal iniciado com a lavratura do Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO) nº 210671.1007/09-4, no dia 22/10/2009, que resultou na lavratura do Auto de Infração nº 210671.1006/09-8, pelo A.T.E. Laércio Arnaldo Teles de Melo, julgado Nulo pelo CONSEF conforme Acórdão JJF nº 0025-05/11, com recomendação no sentido de refazimento do feito.

Refere-se à circulação de 30.000 litros de álcool etílico hidratado carburante (AEHC) constantes das Notas Fiscais nºs 8661, 8662, 8663, 8664 e 8665, emitidas em 20-10-2009 pelo autuado, descredenciado junto à COPEC/SEFAZ, destinados aos adquirentes sem o recolhimento do ICMS relativo à operação própria, conforme preceitua o art. 515-B, II, III, § 1º, do RICMS/BA.

Na informação fiscal à fl. 148, é dito que o autuado exerce atividades em desacordo com as normas vigentes, tal como a antecipação do ICMS nas condições previstas no art. 515-B do RICMS/BA, que trata de AEHC. Comenta o i. agente fiscal que a alegação de improcedência da autuação em face de Medida Liminar Judicial não subsiste, pois os fatos geradores da lide ocorreram antes do deferimento da Liminar e por entender tecnicamente correta a renovação do procedimento fiscal em face da nulidade do Auto de Infração nº 210671.1006/09-8, pede seja este Auto de Infração julgado Procedente.

Presentes aos autos, a JJF assim se manifesta:

*“Observo, inicialmente, que a presente autuação decorreu da realização de nova ação fiscal recomendada por este Conselho de Fazenda à autoridade fazendária da jurisdição fiscal do contribuinte, através do Acórdão CJF*

*nº 0196-12/11, que julgou nulo o Auto de Infração nº 232608.1001/10-3, devido à expiração do Termo de Apreensão e Ocorrência. Assim, o presente Auto de Infração foi lavrado seguindo a determinação prevista no art. 21 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.*

*A imputação trata de falta de recolhimento do ICMS referente à operação própria nas saídas internas de AEHC - álcool etílico hidratado combustível a granel -, por contribuinte que se encontrava descredenciado pela COPEC no cadastro da SEFAZ. Este é o fato apurado e adequadamente enquadrado no art. 515-B, inciso II, § 2º do RICMS/BA.*

*O lançamento se refere à exigência de ICMS sobre a venda de 30.000 litros da mencionada mercadoria, conforme documentos auxiliares de nota fiscal eletrônica (DANFE) de nºs 8661, 8662, 8663, 8664 e 8665, emitidos em 20/10/2009, pelo contribuinte autuado, descredenciado pela COPEC/SEFAZ.*

*Constatou que ao realizar os cálculos do imposto que exigiu por meio do presente lançamento, o autuante apurou o ICMS decorrente da operação normal promovida pelo impugnante, mais o adicional de 2%, do Fundo de Pobreza, que correspondeu exatamente aos valores destacados pelo próprio contribuinte, não havendo nenhum erro na apuração da base de cálculo do modo como realizado pelo Fisco, haja vista que foi utilizado como base de cálculo o mesmo valor indicado pelo sujeito passivo.*

*Verifico, assim, que se encontra comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão (fl. 05), lavrado em 15/09/2011, devidamente assinado pelo representante do contribuinte e no DANFE, que o autuado transportava álcool etílico hidratado, destinado à revenda, tendo emitido os documentos fiscais relativo à mercadoria comercializada, com a devida substituição tributária do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, que corresponde ao ICMS normal, que é o objeto da autuação, conforme determina o art. 515-B, seus incisos e § 1º do RICMS/BA, que transcrevo em seguida, para melhor esclarecer o assunto:*

*“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.”*

*A análise desses dispositivos indica que, efetivamente, o ICMS normal, concernente à 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/SEFAZ, para recolher o imposto até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, o que não foi comprovado nos autos.*

*A exigência do ICMS em tela no momento da saída da mercadoria com base em dispositivo regulamentar não contém qualquer ilegalidade, pois se trata de matéria atinente a uma obrigação que não modifica a metodologia de apuração do imposto, nem vai de encontro ao princípio da não-cumulatividade, pois os créditos fiscais efetivamente arcados pelo autuado serão lançados nos livros fiscais próprios, conforme previsto na legislação tributária pertinente.*

*No que se refere à argumentação de inconstitucionalidade, ressalto que não se inclui na competência deste CONSEF a análise desse tema, conforme disposição do art. 167, inciso I do RPAF/BA.*

*Quanto à alegação de existência de ação judicial, que resultou na concessão de medida liminar que asseguraria o direito de pagar o ICMS no dia 09 do mês subsequente à saída das mercadorias, saliento que não se aplica ao caso sob exame, tendo em vista que a medida liminar que foi concedida em 15/04/2010 foi cassada em 26/08/2010, portanto antes da lavratura do presente Auto de Infração.*

*Ressalto que mesmo que o contribuinte se encontrasse amparado pela mencionada ordem judicial, deveria ter efetuado o recolhimento do imposto normal que foi exigido através desta autuação, no prazo concedido pela legislação para as empresas credenciadas, trazendo ao processo as provas materiais correspondentes, o que não ocorreu.*

*Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à multa, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o*

*pedido pode ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA. No que concerne aos juros, não existe previsão para a sua exclusão.*

Segue narrando que restando comprovado que o impugnante não efetuou o pagamento do ICMS relativo à operação própria destacada no documento fiscal, considera a infração subsistente e julga pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário, fls. 173 a 179, o recorrente mantém a mesma argumentação desde a impugnação às fls. 63 a 68, alegando não ter havido qualquer infração à legislação tributária, e que a autuação relatou que não foi efetuado o recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante, por não possuir autorização da COPEC para recolhimento em data posterior.

Destaca parecer descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto ao próprio Fisco, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira normal, mas mesmo assim, requereu a autorização para recolher o imposto no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS/BA, porém a COPEC se manteve inerte acerca do pedido formulado em 02/12/2009. E que diante disso, impetrou Mandado de Segurança, sob nº 0030982-33.2010.805.0001, que tramitou na 10ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, tendo sido concedida a liminar em 15/04/2010, no sentido de autorizá-lo a recolher o ICMS no dia 09 do mês seguinte à ocorrência do fato gerador.

Comenta que o Fisco ao exigir recolhimento do valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos, e gera a efetivação do princípio da não-cumulatividade. E em razão desse princípio, que todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido.

Cita que o ICMS próprio da usina/refinaria, bem como parte do ICMS devido pelo contribuinte, que são recolhidos no momento da compra, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS pelo impugnante.

Acrescenta que para que se torne possível à utilização 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 nos balanços financeiros, porém quando o Fisco 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), é impossível evitar a não-cumulatividade, o que se daria somente na compensação de débitos com créditos, uma vez que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS que dispõe e que serão compensados no final do mês com o ICMS devido, mas tão-somente o preço “cheio” de seu produto, sem qualquer desconto a título de não-cumulatividade.

Cita e transcreve os artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, que tratam a respeito da não-cumulatividade do imposto e o art. 114 do RICMS/BA, que versa sobre a mesma matéria.

Argumenta que tendo em vista que a própria legislação estadual dispõe sobre a não-cumulatividade do ICMS, é ilegal a imposição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio. Comenta que foi em razão dessa ilegalidade, que obteve a Decisão liminar favorável aos seus interesses, o que torna a presente autuação improcedente.

Transcreve o disposto no art. 159, § 1º, incisos II e III do RPAF/BA, requer que, caso se entenda pela manutenção da infração, sejam excluídos a multa e os 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. Pugna, ao final, pela Improcédência do Auto de Infração.

## VOTO

Os presentes autos cuidam da sujeição passiva oriunda do Auto de Infração nº 232608.0209/11-8, Modelo 4, decorrente da falta de recolhimento do ICMS referente à operação própria, nas saídas internas de AEHC - álcool etílico hidratado combustível a granel -, por contribuinte que se encontrava, em trânsito, descredenciado pela COPEC no cadastro da SEFAZ, cujo fato apurado enquadrava-se, à época, no art. 515-B, inciso II, § 2º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Consoante determinação prevista no art. 21 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, esta autuação decorreu de recomendação deste CONSEF à autoridade fazendária da jurisdição fiscal do contribuinte, através do Acórdão CJF nº 0196-12/11, o qual, de ofício, julgou nulo o Auto de Infração nº 232608.1001/10-3, devido à expiração do Termo de Apreensão e Ocorrência nº 210671.1007/09-4, considerando prejudicada a análise das razões recursais e recomendando à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando que esta renovação somente poderia ser realizada através de fiscalização no estabelecimento do recorrente.

Porém, da análise dos autos, verifica-se que a renovação do procedimento fiscal contrariou o quanto recomendado pela referida Decisão, pois repetiu a lavratura do Auto de Infração modelo 4 (trânsito de mercadorias), fundamentando-se em Termo de Ocorrência Fiscal, às fls. 5 e 6 dos autos, datado de 15/09/2011, relativo a fatos pretéritos ocorridos em 22/10/2009, conforme consignado no Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 17 e 18 dos autos, o qual não possuía mais validade, consoante previsto no art. 28, § 2º, do RPAF, de forma a servir de prova material da infração e de fundamentar o Auto de Infração, razão da propositura pela 2ª CJF, à época, de se renovar o procedimento fiscal através da fiscalização de comércio no estabelecimento do recorrente.

Diante do exposto, entendo PREJUDICADO o Recurso Voluntário, motivo pelo qual deixo de examinar suas razões, e, de ofício declaro NULO o Auto de Infração, com fundamento no art. 20, do RPAF/99, por não se encontrar nos autos elemento essencial à sua fundamentação, do que, desde já, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, *no estabelecimento comercial do remetente*, a salvo das falhas acima consignadas, nos termos do artigo 156 do RPAF/99.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar NULO o Auto de Infração nº 232608.0209/11-8, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, junto ao estabelecimento comercial do recorrente, para a apuração do débito, caso ainda devido.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS