

PROCESSO - A. I. Nº 222552.0004/10-7
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0089-03/11
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 22/08/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0241-11/13

EMENTA: ICMS. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL (AEHC) TRANSPORTADO A GRANEL. IMPOSTO RELATIVO À OPERAÇÃO PRÓPRIA. MOMENTO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 515-B do RICMS, o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC transportado a granel deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, devendo o comprovante do recolhimento acompanhar a mercadoria em sua circulação, a menos que haja autorização específica do Fisco para que o tributo seja pago no prazo regulamentar. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 31/03/10 por imputar a “*Falta de recolhimento de ICMS devido por operação própria*”, relativamente às operações de saídas de álcool etílico hidratado carburante (AEHC), por não ter o autuado regime especial para pagamento do tributo deferido pela COPEC [Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis]. Imposto lançado: R\$ 9.324,25. Multa: 50%.

Em Primeira Instância deste CONSEF a controvérsia foi dirimida sob os fundamentos seguintes:

“O fato é este: a fiscalização do trânsito apreendeu um carregamento de álcool etílico hidratado carburante (AEHC) a granel em circulação sem o comprovante do pagamento do imposto no ato da saída, relativo à operação própria do remetente, e este não tinha autorização da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis) para escapar à previsão do “caput” do art. 515-B do RICMS.

O autuado reclama que, com tal exigência de pagamento do imposto no ato da saída da mercadoria, o Fisco impede sua empresa de exercer o direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação da regra da não-cumulatividade, uma vez que o valor destacado na Nota Fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe para serem compensados no final do mês com o ICMS devido por ela, mas tão-somente o valor “cheio”, sem qualquer abatimento em função da não-cumulatividade. Diz que requereu autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, porém a COPEC se manteve inerte e por isso foi impetrado, em 6.4.10, Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar visando a obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, tendo em 15.4.10 sido concedida Medida Liminar autorizando a empresa a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o dia 9) ao da ocorrência do fato gerador.

Diante dessa notícia, foi solicitada informação junto à PROFIS acerca da situação da referida ação judicial, de modo a se saber se o caso em análise se encontrava ou não “sub judice”. A PROFIS informou que a Liminar foi cassada ao ser prolatada a sentença que extinguiu a ação mandamental, e a Decisão judicial transitou em julgado.

Este lançamento foi efetuado no dia 31.3.10. Quanto ao Mandado de Segurança, além de ter sido impetrado depois, a Medida Liminar foi cassada. Por conseguinte, a matéria aqui em discussão não se encontra “sub judice”.

No mérito, praticamente não há o que dizer, pois a regra do art. 515-B do RICMS é clara ao estabelecer que nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo transportado a granel o imposto relativo à operação própria deve ser recolhido no momento da saída das mercadorias do estabelecimento que a efetuar. O autuado é uma distribuidora de combustíveis. O § 2º do supracitado artigo prevê que não se aplica o disposto no “caput” deste artigo às distribuidoras de combustíveis desde que autorizadas pela COPEC. O autuado não tinha tal autorização. Incide, portanto, a regra do “caput” do artigo.

A defesa alega que tal regra, veiculada no regulamento, norma infralegal, não tem previsão na lei e contraria a Constituição, a lei e o próprio regulamento em outros dispositivos, por impedir o exercício do direito ao crédito, violando o critério da não-cumulatividade.

Não é razoável questionar o direito posto no âmbito administrativo. Esta Junta não tem competência para apreciar a legalidade do art. 515-B do RICMS, ou seja, se a regra nele contemplada tem previsão na lei que ele regulamenta.

Quanto ao pleito da defesa no sentido de que se excluam a multa e os juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, a competência para apreciar tal pedido é da Câmara Superior deste Conselho, nos termos do art. 159 do RPAF.

Os fatos em si não foram negados.

Nos termos do art. 515-B do RICMS, o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC transportado a granel deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, devendo o comprovante do recolhimento acompanhar a mercadoria em sua circulação, a menos que haja autorização específica do Fisco para que o tributo seja pago no prazo regulamentar.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Às fls. 269/272 reside o apelo do sujeito passivo, irresignado, no qual aduz a síntese da autuação para alegar haver na descrição do fato uma contradição, quando o autuante afirma não possuir a empresa “regime especial do COPEC”, já que não lhe pode ser exigido uma autorização junto ao próprio Fisco para cumprir suas obrigações fiscais de maneira “normal”.

Destaca que ao assim lhe ser exigido, ou seja, que a empresa recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o Fisco lhe impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação da regra da não-cumulatividade, pelo qual todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do imposto devido pela empresa, a assegurar que tanto o ICMS próprio da usina ou refinaria quanto parte do ICMS devido pela empresa, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria, devem ser compensados quando do recolhimento do tributo.

Nessa esteira, fundamenta que para poder utilizar-se do ICMS creditado, é necessário que se proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, mês a mês, em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros, mas que ao lhe ser exigido que o ICMS próprio seja recolhido quando da saída da mercadoria, inviabiliza o princípio não-cumulatividade por não se compensarem débitos com créditos, isto porque o valor destacado na nota fiscal desconsidera os créditos de ICMS dos quais dispõe para serem compensados no final do mês com o ICMS por si devido, mas apenas considera o valor “cheio”, sem nada abater em respeito ao dito princípio da não-cumulatividade, cumprindo ser enfatizado o que dispõem os arts. 28 e 29 da lei estadual do ICMS e do art. 114 do regulamento do imposto, como o estabelecido no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Diz que para atender a essa exigência, requereu autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, a teor do art. 515-B do RICMS, entretanto, a COPEC ficou-se silente 2.12.2009, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes, e então, por entender serem ilegais e arbitrárias as exigências de recolhimento prévio do ICMS próprio, já que ofendem o seu direito líquido e certo à compensação de débitos de ICMS com os valores já recolhidos em operações anteriores (créditos).

Tal fato, como alega, lhe moveu a impetrar, em 16.4.10, Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, o que lhe foi concedido para autorizar a empresa a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o dia 9) ao da ocorrência do fato gerador, e não no

momento de saída de suas mercadorias. Acrescenta que, posteriormente, foi confirmada em juízo a Decisão liminar, e que a acusação fiscal é improcedente.

Prossegue afirmando que a mercadoria chega a ser distribuída por R\$ 0,91 o litro, mas que o Estado presume que será vendido ao consumidor final por R\$ 2,00 o que não tem cabimento e que sequer existe preço previsto próximo aquele constante da pauta fiscal baiana, o que a torna um instrumento impróprio, devendo o eventual débito ser calculado com base no valor da nota fiscal que pode prover os parâmetros reais e adequados ao cálculo do ICMS-ST, ou se for o caso, por meio da utilização da Margem de Valor Agregado- MVA, e não com lastro na pauta fiscal, à luz do disposto no art. 8º da LC 87/96, não tendo sido por acaso que o STJ pacificou o entendimento através da Súmula nº 431, sendo certo que à vista do referido artigo, a base de cálculo não pode ser quantificada com lastro em pauta fiscal, esta que sequer está prevista em lei estadual mas apenas num ato normativo infralegal da COPEC.

Pelo que, como diz, se o Fisco pretende majorar o valor do ICMS-ST devido, cabe reduzir aquele devido a título de ICMS próprio, mas ao contrário disto, foi mantido o valor cheio deste.

Pugna pela realização de diligência face aos créditos fiscais que alega possuir para assim identificar o real valor devido à guisa de ICMS próprio, se ainda houver algum débito. Transcreve o art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, pedindo que, caso seja mantida a infração, se excluam a multa e os juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, já que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia e que seja o Auto de Infração julgado improcedente. Junta documentos.

Instada a PGE/PROFIS foi proferido o Parecer de fls. 361/363, pela decretação de nulidade da autuação, fundamentação que tem esteio como ali transcrito, no acórdão CJF nº 0387-11/11, o qual declarou a nulidade da autuação por haver erro no enquadramento da infração imputada ao sujeito passivo discrepante do fato infracional descrito no campo próprio do lançamento de ofício, a ensejar a insegurança na acusação fiscal, agravada pela descrição do dispositivo regulamentar – art. 353, II, do RICMS-BA que não guarda correlação com a infração imputada, tendo, pois, a informação fiscal inovado para usar como fundamento os arts. 515-A e 515-B do mesmo regulamento, ao afirmar que se trata de lançamento relativo à operação normal e não ao ICMS devido por substituição tributária, contrariando o enunciado central que não corresponde à infração concretamente verificada. E assim, resta configurada a hipótese prevista no art. 18, § 1º do RPAF, por se constituir vício insanável.

VOTO

Mediante Recurso Voluntário o contribuinte devolve a esta CJF o exame da lide cujas razões estão expostas no relatório supra, as quais, de logo, passo a cotejá-las com o teor do Parecer da Procuradoria, pela nulidade do Auto de Infração.

Analizados os autos, infiro que o contribuinte pôde defender-se amplamente, sem qualquer restrição. Discordo, por conseguinte, do ilustre Parecer de que houve inovação pelo autuante, eis que a imputação desde a lavratura da autuação reside no fato gerador enquadrado no art. 515-A e 515-B do RICMS-BA que concerne às regras destinadas à operação própria.

O autuado declinou defesa nesse sentido, argüindo, em suma, a ilegalidade da exigência de haver prévia autorização da COPEC e de que o princípio da não cumulatividade estaria prejudicado, conforme se pode extrair das razões recursais acima relatadas.

Constato que o enunciado do Auto de Infração imputa o pagamento do ICMS relativo às “operações normais”, que não houve recolhimento do imposto quando da saída das mercadorias, e ausência de autorização da COPEC.

Como se apura das peças que instruem o PAF, sobre isto houve defesa pontual a evidenciar que o contribuinte depreendeu a acusação fiscal em sua completude, tanto que não houve argüição de

nulidade por cerceamento de defesa, mesmo porque, como friso, a bem da verdade, isto não ocorreu, inexistindo vício que configure qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF.

Dentro desse contexto, discordo, portanto, que tenha havido mudança do fulcro da acusação fiscal. Não há a dissonância apontada, motivo pelo qual deixo de acompanhar o ilustre posicionamento da PGE/PROFIS, considerando que a hipótese dos autos é diversa daquela decidida no acórdão desta CJF ali transcrito como paradigma.

Com efeito, quanto ao mérito, atendo-me aos documentos aqui residentes, estes comprovam que a mercadoria transitava sem o DAE referente à operação própria, acompanhada tão-somente do DAE referente à substituição tributária. A empresa não tinha autorização da COPEC para efetuar o recolhimento do ICMS próprio no mês subsequente. Essa exigência de haver prévia autorização da COPEC decorre, como sabido, de uma previsão regulamentar à qual o contribuinte não pode se furtar a cumprir como se inexistente fosse, já que é exigida, e como este ato não houve, foi lavrado o Auto de Infração, em respeito ao comando do art. 515-A e 515-B do RICMS-BA, tendo com acerto agido o autuante ao lavrá-lo já que o ICMS deveria ter sido recolhido na sua integralidade no prazo normal de pagamento do tributo nas operações próprias e não no mês subsequente como equivocadamente pretendeu o autuado.

Ademais disto, vale ressaltar que se subsistente e consentânea com a legislação vigente do ICMS fosse a tese defensiva, esta julgadora por certo estaria por tratar com desigualdade os demais contribuintes que esperaram a prévia autorização para somente após efetuarem o pagamento. Em outras palavras, seria penalizar quem corretamente agiu consoante as determinações regulamentares deste Estado.

Extraio, ainda, do exame processual, que a medida liminar referida pelo sujeito passivo em sua impugnação, de que havia sido obtida através de Mandado de Segurança, não foi confirmada por sentença, como salientado pela PGE/PROFIS às fl. 244.

No que toca à argüição do descabimento de pauta fiscal, desacolho, uma vez que a base de cálculo foi computada em conformidade com o valor das operações próprias como se constata dos documentos de fls. 07 a 10.

Por fim, acerca da faculdade prevista no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, para exclusão da multa e os juros imputados, esta CJF não tem competência para deliberar sobre esta matéria, mas sim a Câmara Superior deste CONSEF para a qual o pleito pode ser destinado.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222552.0004/10-7**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.324,25**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

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