

A. I. N° - 222552.0001/11-6
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ WALTER DE SOUZA ANDRADE
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 14. 05. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-01/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. A legislação do ICMS exige do distribuidor o pagamento do imposto referente à operação própria destacado no respectivo documento fiscal, nas operações internas com álcool etílico hidratado combustível, no momento da saída. O documento de arrecadação devidamente quitado deve acompanhar as mercadorias na respectiva circulação, salvo se o contribuinte estiver credenciado pela COPEC/SAT para pagamento no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Apesar de não estar autorizado pela COPEC/SAT, o autuado estava autorizado a efetuar o pagamento do imposto devido até o 9º dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, por força de Liminar em Mandado de Segurança obtida antes do início da ação fiscal. Infração insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/02/2011, formaliza a constituição de crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$11.259,78, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que: “*Na época da Autuação não encontramos no sistema da SEFAZ nenhum dispositivo legal para enquadramento da infração cometida pela Autora, por esta razão, recorremos ao Art. 353 inciso II do Decreto 6.284/97 o que resultou na nulidade deste Processo. Desta forma, estamos refazendo a referida Autuação, enquadrandos nos dispositivos legais hoje existentes e, para tanto, juntamos toda a documentação do Processo nº.296090/2009-7 no SIPRO, as quais passam a integrar o atual Processo. Ressaltando que este Termo substitui o de número 232902.0100/09-2 para todos os efeitos legais.*”

O autuado apresentou defesa (fls. 23 a 27) sustentando que o Auto de Infração não merece subsistir, em razão de não praticado qualquer infração à legislação tributária. Diz que na descrição dos fatos constante no Auto de Infração foi relatado que não realizou o recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com Ácool Hidratado Carburante por motivo de não possuir autorização da COPEC para gozo de recolhimento em prazo normal.

Alega que ao exigir o recolhimento do valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o Fisco impede-o de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade, conforme passa a explicar.

Argumenta 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. Diz que, desta

forma, tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS que deve, são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a Usina/Refinaria, devendo ser compensados quando do recolhimento do ICMS.

Aduz que para ser possível a utilização do ICMS creditado, é necessário que proceda ao encontro de contas em créditos e débitos, o que é feito mês a mês em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros. Acrescenta que, no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio seja recolhido quando da saída da mercadoria, sendo a alíquota calculada sobre o preço constante na nota fiscal, por consequência, é impossível obedecer ao princípio da não cumulatividade para que se compense débitos com créditos, haja vista que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais dispõe e 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. Invoca e reproduz nesse sentido o art. 155, II, §2º, I, da CF, bem como, os arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, assim como o art. 114 do RICMS/BA, nesse sentido. Ou seja, 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 pretendido.

Prosseguindo, diz que, mesmo entendendo ser absurda tal restrição, uma vez que esta agride um direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não cumulatividade previsto, também, no art. 155, § 2º, inciso I, da CF, 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 RICMS/BA.

Diz que, apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido formulado em 01/12/2009, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes.

Frisa que 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, impetrhou, em 05/02/2010, Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saídas das mercadorias.

Salienta que em resposta ao seu pleito foi concedida, em 10/02/2010, a Medida Liminar, no sentido de autorizá-lo a recolher o ICMS 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.

Afirma que desse modo, a autuação mostra-se absolutamente improcedente.

Invoca e reproduz o art. 159, §1º, inciso II e/ou III, para dizer que caso se entenda pela manutenção da infração, roga 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.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 41 a 46), consignando que o autuado fazia transportar pelo Posto Fiscal Honorato Viana, 30.000 litros de álcool hidratado, acobertados pelos DANFES 20261, 20266, 20267 e 20269, destinados a diversas empresas, todas localizadas no Estado da Bahia.

Registra que constatou que o ICMS correspondente a substituição tributária foi devidamente calculado e recolhido, porém, o autuado não efetuou o recolhimento tempestivo do ICMS em suas operações próprias, conforme determina o art. 515-B, do RICMS/BA c/c o Protocolo 17/04. Acrescenta que fundamentado nos dispositivos legais mencionados emitiu o Termo de Apreensão e Ocorrências sob nº 222552.0002/11-2, nomeando o próprio autuado como fiel depositário e, consequentemente, constituiu o crédito tributário com a lavratura do Auto de Infração.

Registra que o crédito tributário foi constituído com base legal no Protocolo 17/2004, art. 515-B c/c o art. 126, ambos do RICMS, cujo teor reproduz.

Quanto à argumentação defensiva de estar amparado por decisão liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS, menciona que o Parecer da PROFAZ nº 626/01, constante no PAF 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 e não do seu lançamento, conforme redação que transcreve. Menciona ainda que foi prolatado o Parecer da PROFAZ, em 29/01/03, constante no PAF nº 917007301.

Afirma que sendo assim, nada impede que seja efetuado o lançamento de ofício, no sentido de assegurar a exigibilidade do crédito tributário futuramente, caso a decisão judicial seja, de fato, desfavorável ao sujeito passivo. Acrescenta que esse entendimento se encontra firmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STF, conforme julgados que apresenta.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação diz respeito à realização de operação de saída de 30.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, sem o pagamento do ICMS referente à operação própria acobertada pelos DANFEs 20261, 20266, 20267 e 20269, destinados a diversas empresas, todas localizadas no Estado da Bahia.

Inicialmente, vale registrar que as operações próprias nas saídas internas ou interestaduais com álcool etílico hidratado combustível são tratadas de forma específicas nos artigos 515-A a 515-H do RICMS/BA.

O art. 515-B, II, do RICMS/BA, determina que o imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC será recolhido no momento de sua saída e o DAE devidamente quitado deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação. Entretanto, o distribuidor de combustíveis, como tal definido pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis – ANP, poderá afastar a obrigatoriedade do pagamento antecipado do imposto devido pelas operações próprias, caso obtenha para isso autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º, RICMS/BA.

No presente caso, o autuado na condição de distribuidor de combustíveis, por não ter obtido a autorização da COPEC impetrhou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, no intuito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento da saída das mercadorias, tendo sido concedida em 10/02/2010 a Medida Liminar no sentido de autorizá-lo “a recolher o ICMS devido no dia nove do mês subsequente ao fato gerador”.

Em razão da concessão da referida Medida Liminar, alega o impugnante que à época da autuação, ou seja, 15/02/2011, não poderia o autuante lavrar o Auto de Infração em comento, uma vez que se encontrava autorizado judicialmente a assim proceder.

Já o autuante contesta o argumento defensivo, sustentando que não houve desrespeito à ordem judicial, tendo em vista que a constituição do crédito tributário através do Auto de Infração tem a finalidade de apenas preservar a Fazenda Pública no caso de exigibilidade futura do crédito tributário, ou seja, até decisão do mérito, motivo pelo qual há necessidade do lançamento formal, mesmo estando em vigor os efeitos de uma liminar judicial.

Ao compulsar os autos verifico que a cópia do Mandado de Segurança trazida pelo impugnante permite identificar que a ciência da decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública de Salvador foi dada pela autoridade apontada como coatora, no caso, o senhor Superintendente da

Administração Tributária – SAT, em 21/10/2010, portanto, em momento anterior a lavratura do Auto de Infração em lide, que ocorreu em 15/02/2011.

Diante disso, considerando que a ação fiscal foi iniciada após a concessão da Medida Liminar, mediante a lavratura do Termo de Apreensão e respectivo Auto de Infração, em 15/02/2011 tendo a ordem judicial determinado que o Estado da Bahia não proceda a exigência do imposto devido pela operação própria no momento da saída, mas sim no 9º dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, não resta dúvida que o contribuinte se encontrava autorizado a efetuar o pagamento naquele prazo e não antecipadamente, conforme exigido na autuação, razão pela qual é insubsistente a infração.

Cumpre consignar que, no caso, deve a Fiscalização verificar se o contribuinte recolheu o imposto devido no prazo determinado na Medida Liminar, ou seja, até o 9º dia do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, para daí efetuar o lançamento de ofício, se for o caso.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222552.0001/11-6**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR