

A. I. N° - 218074.1004/09-2  
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
AUTUANTE - ASTENIO GUIMARÃES SILVA  
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL  
INTERNET 29.06.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0142-05/10

**EMENTA:** ICMS. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO. COMBUSTÍVEL (AEHC). OPERAÇÃO PRÓPRIA FALTA DE PAGAMENTO. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Operações com álcool etílico hidratado carburante. Imposto da operação própria, não recolhido pelo contribuinte de forma antecipada. Deduzida, da base de cálculo autuada, as parcelas referentes aos descontos incondicionais. Recomendação à autoridade fazendária competente para verificar, em nova ação fiscal, o cálculo do ICMS-ST. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias para exigir ICMS, no valor de R\$ 8.205,34, acrescido de multa de 60%, em razão da imputação abaixo descrita:

*“Falta de recolhimento ICMS da operação própria: art. 515-B, inc. II, do RICMS – Dec. 6284/97. Art. 42, inc. II, “f”, da Lei nº 7.014/96.”*

No Termo de Apreensão lavrado para subsidiar o Auto de Infração consta que foram apreendidos 22.000 litros de AEHC – álcool etílico hidratado carburante e respectivas NF-e, de nº 8866, 8867, 8868 e 8872, emitidas em 28/10/09 pelo contribuinte, na condição de descredenciado, sem recolhimento do imposto referente à operação própria a que está sujeito conforme previsto no art. 515-B, inc. II e parágrafo 2º, do RICMS/Ba. Foi declarado ainda que a ação fiscal teve início no Posto de Combustível, em Posto da Mata, município de Nova Viçosa-Ba, no momento em que as carretas de placas de GVJ-5857-MG / CPY-5368-MG, procedia a entrega de AEHC relativo à NF-e nº 8866.

Foi apresentada defesa às fls. 44 a 49 do PAF, subscrita por advogado regularmente constituído, conforme procuração anexa.

Afirma o autuado que na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que a Impugnante não realizou o recolhimento do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária.

Contesta, todavia, tal relato, dizendo que não corresponde à realidade vivida pela Impugnante, posto que, houve sim o recolhimento do tributo devido a título de substituição conforme discriminado nas NFs-e os Documentos de Arrecadação em anexo.

Pondera, também, que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração, pois não fora incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, uma vez que a Impugnante simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gerou o cálculo, sem deduzir aquelas parcelas.

Para verificar esse fato, disse que basta proceder ao lançar incondicional no software de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se sequer computado na base de cálculo, sendo registrado em um c

que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária. Ou seja: o próprio sistema de registro contábil do Fisco, qual seja, o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica, impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Dessa forma, sustenta a improcedência do cálculo realizado pela fiscalização que utilizou uma pauta fiscal fictícia, afirmando que a pauta fiscal do Estado da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil. Argumentou ainda que é vastamente sabido que no território baiano o litro do álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido no preço de R\$ 2,00. No entanto, isto nunca impediu o fisco de impor uma pauta fiscal totalmente desproporcional à realidade.

Declarou que o álcool chega a ser distribuído a R\$ 0,91 (noventa e um centavos) o litro, mas o Estado presume que a mercadoria será vendida, na operação ao consumidor, por muito mais que este valor (qual seja, R\$ 2,00), o que é completamente descabido. A margem de lucro presumida pelo Estado da Bahia é superior a 110% (cento e dez por cento), o que está fora da realidade do mercado. Reiterou que não existe preço sequer próximo ao previsto na pauta fiscal baiana.

Afirmou que tal fato torna a pauta fiscal um instrumento impróprio para que seja recolhido o tributo, o que demanda a revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não da pauta.

Em seguida, transcreveu, na peça defensiva, decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça, pela ilegalidade de valores da base de cálculo fixados através de pauta fiscal.

Desse modo, entende o autuado que ainda que o débito subsista, que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade da pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado.

Além disso, invocou a aplicação do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, visando à exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, pois afirma que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Requeru ao final que o Auto de Infração impugnado seja julgado Improcedente.

Prestada a informação fiscal (fls. 101 a 103 do PAF). De início relatou o autuante que o veículo foi encontrado com 22.000 (vinte e dois mil) litros de álcool etílico hidratado carburante (AEHC) com os DANFes de nº 8866, 8867, 8868 e 8872, emitidos pela Empresa autuada em 28/10/2009 e sem os correspondentes comprovantes de recolhimento do ICMS, referente a operação própria, conforme determina o artigo 515-B, visto que o mesmo não possui autorização para recolher em prazo especial.

Após uma breve síntese das alegações defensivas, afirmou que pela “Descrição dos Fatos”, constante do Auto de Infração, a exigência fiscal diz respeito ao ICMS da operação própria e não falta de retenção do ICMS por substituição, conforme alegou a impugnante.

Ao reproduzir o texto da imputação fiscal na peça informativa, consignou que o objetivo era demonstrar que o autuado, por não ter argumento e base jurídica para se defender do presente Auto de Infração, pegou uma pequena falha de redação, corrigida logo em seguida e no próprio campo, visando postergar a obrigação de recolher o tributo e multa devidos, focando sua defesa em afirmar que o crédito reclamado era do ICMS da substituição tributária, o qual estava destacado e recolhido.

Voltando ao relato dos fatos referentes à autuação disse o autuante que o contribuinte estava transitando com álcool etílico (AEHC) com as notas fiscais (DANFes), porém, sem os correspondentes (DAEs), comprovantes de recolhimento do ICMS da operação própria (saída), devido conforme o art. 515-B, dispositivo que reproduziu na inform:

*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;*

Pelo referido artigo, disse ser evidente a obrigação de recolhimento do ICMS, referente a cada operação de saída efetuada pelo contribuinte, não havendo o que se questionar quanto à obrigatoriedade do recolhimento do ICMS da operação própria a cada saída de AEHC.

Afirmou ainda que o contribuinte requereu regime especial para recolhimento, somente no dia 09/11/09, após a lavratura do presente auto de infração, conforme consta no sistema INC, informação anexada ao PAF.

Quanto à alegação da pauta fiscal está acima da realidade de mercado, informou que a referida sistemática de fixação da base de cálculo do ICMS é determinada pela norma jurídica denominada INSTRUÇÃO NORMATIVA, tendo o autuante a obrigação funcional de cumpri-la. Disse ser permitido a qualquer contribuinte questionar sobre divergência em relação ao valor fixado por pauta fiscal, conforme §3º do artigo 73 do RICMS/BA, porém, não após a lavratura do auto de infração.

Mais a frente transcreveu as disposições dos arts. 133 e 911 do RICMS-Ba, atinentes, respectivamente, aos prazos de recolhimento do imposto e às infrações relacionadas ao trânsito irregular de mercadorias.

Ao finalizar, requereu que o PAF seja julgado totalmente Procedente.

## VOTO

De início é importante registrar que a exigência de ICMS formalizada no presente Auto de Infração diz respeito ao imposto devido pelas operações próprias efetuadas pelo contribuinte, não assistindo razão ao autuado quando se defende argumentando que o lançamento diz respeito ao ICMS-ST, cujos recolhimentos foram efetuados, conforme DAEs anexados às fls. 50 a 65 dos autos, de acordo com os cálculos elaborados pelo contribuinte.

Delimitada a questão nos termos acima, verifico, a partir do exame das notas fiscais (DANFes) que serviram de base para a exigência fiscal, que as mesmas apresentam desconto de natureza incondicional. É o que se verifica nos DANFe's de nº 8866, 8867, 8868 e 8872. O autuante para lavrar o Auto de Infração tomou por base o valor total dos produtos, sem abater os citados descontos.

A legislação do ICMS, no tocante à base de cálculo nas operações próprias com álcool etílico combustível hidratado (AECH), determina, no art. 515-B, inc. I, que o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior.

No que refere aos chamados "descontos incondicionais", o art. 54, inc. II, da norma regulamentar, prescreve que "serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos".

Ora, em se tratando de operação própria, onde prevaleceu o valor c  
fiscal, e não a pauta fiscal - valor mínimo -, os descontos incondi

para efeito da quantificação da base de cálculo, em conformidade com o que impõe a legislação de regência de tributo acima mencionada.

Percebe-se que o agente de tributos autuante laborou em equívoco, ao lançar tão somente o imposto da operação própria, com a base de cálculo incorreta, não tendo verificado que o ICMS-ST, recolhido pelo sujeito passivo, antes do início das operações, foi em valor inferior ao devido, tomando por base a pauta fiscal de R\$ 2,00, sem a subtração dos descontos, parcelas dedutíveis aplicáveis tão somente à operação própria. Ademais, no lançamento do ICMS-ST, a penalidade tem enquadramento distinto, previsto no art. 42, inc.II, letra “d”, sendo que o imposto referente à substituição do AECH também tem o prazo de recolhimento antecipado, conforme estabelece o art. 126, IV, do RICMS/97, abaixo reproduzido:

*Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:*

*IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.*

*Parágrafo único. Nas hipóteses do inciso IV, os contribuintes poderão, mediante autorização competente, recolher o imposto decorrente de substituição tributária por antecipação até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, sendo que:*

*I - quando industriais, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após parecer técnico da COPEC;*

*II - quando distribuidores de combustíveis, mediante autorização da COPEC.*

Assim, considerando o acima exposto, deve o lançamento de ofício ser revisto, para considerar na quantificação da base de cálculo da operação própria, os valores constantes dos DANFe's, com a dedução dos descontos incondicionais. Toma-se por base o somatório do campo “Valor Total da Nota”, dos DANFe's, 8866, 8867, 8868 e 8872, anexados às fls. 07/09 do PAF, que já contempla o saldo líquido da operação, após a dedução dos descontos, perfazendo a quantia de R\$ 30.220,66 (7.400,15 + 6.800,15 + 9.520,21 + 6.500,15). Aplicada, sobre esta soma a alíquota de 19% (17% + 2%), resulta no ICMS de R\$ 5.741,93.

Rejeito, por último, o pedido de exclusão da multa e juros imputados na ação fiscal, visto que essas parcelas decorrem de expressa disposição legal, conforme exposto no Auto de Infração e demonstrativo de débito que o integra.

Em decorrência do recolhimento a menor do ICMS-ST, conforme acima explanado, representamos à autoridade fazendária competente para que esta determine a realização de nova ação fiscal visando verificar os procedimentos adotados pelo sujeito passivo e, se for caso, lançar o tributo ainda não pago.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **218074.1004/09-2**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$5.741,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA L