

A. I. Nº - 209732.1205/09-3
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ ANGELO DE SOUZA NETO e DOMINGOS SAVIO BRAITT FIGUEIREDO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 21. 06. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0147-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM AEHC. OPERAÇÕES INTERNAS. SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. FALTA DE RECOLHIMENTO. A lei exige do autuado o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado no respectivo documento fiscal, nas operações internas com álcool etílico hidratado combustível. O DAE devidamente quitado deve acompanhar as mercadorias na respectiva circulação. O sujeito não faz prova das alegações do pagamento antecipado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/12/09, exige ICMS no valor de R\$ 3.729,70, acrescido de multa de 60% em decorrência da falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Consta na descrição dos fatos da apreensão de 10.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC realizada pela unidade móvel regional de Itabuna – BA, DANFES 10042 e 10099, tendo em vista que os mesmos acobertavam a entrega do produto sem o devido pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado nos mencionados documentos fiscais para a COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS NUNES LTDA (67.018.796). A apreensão realizada através do Termo 027436, lavrado de forma manuscrita, no momento da apreensão, serviu de prova. O próprio contribuinte declara a inexistência do pagamento do ICMS da operação própria.

O autuado na defesa apresentada (fls. 23/27) inicialmente diz que auto de infração não merece subsistir, que na descrição dos fatos constante no Auto de Infração foi relatado que a Impugnante não realizou o recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária, o que, todavia, não corresponde à realidade, posto que houve o recolhimento do tributo devido à título de substituição conforme consta nas NFs-e (na realidade documento auxiliar de nota fiscal eletrônica) e fazem prova os DAES em anexo.

Diz que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração. Alega que o presente auto de infração se refere tão somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição na saída da mercadoria. Entretanto, o fisco considerou o valor do ICMS Substituição, bem como o valor devido de ICMS principal. Enfatiza que a falta de retenção alegada não existiu, uma vez que o valor foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria.

Ressalta que não houve erro na determinação da base de cálculo por parte da Impugnante; não houve a inclusão do desconto incondicional, uma vez que simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. O próprio programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica impede o lançamento de descontos no cálculo do ICMS. Questiona também a utilização de uma pauta f

realidade do mercado de combustíveis do Brasil. Insiste que no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido no preço de R\$ 2,00.

Diz ainda que a mercadoria, distribuída a R\$ 0,91 é descabida a presunção que seja vendida a R\$ 2,00, porque está fora da realidade do mercado. Defende que a pauta fiscal é um instrumento impróprio para que seja recolhido o tributo. Pede revisão para que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não da pauta. Cita, nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no RMS 16.810/PA. Conclui, ainda que subsistente o débito, deve ser refeita o seu valor, tendo em vista a ilegalidade da pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado.

Argúi a redução da multa, de acordo com art. 159, §1º, II, III do RPAF, pedindo sua exclusão e a improcedência do auto de infração.

O Agente de Tributo Estadual, responsável pela Informação Fiscal (fls. 71/73), explica que o auto de infração foi lavrado após a verificação da falta de recolhimento do ICMS relativo à operação própria, destacado nas notas fiscais eletrônicas de nº 10042 e 10099 com base legal no artigo 515-B do RICMS BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Diz que tal situação consta da descrição dos fatos no Termo de Apreensão, fl. 07 e declaração da falta de recolhimento no seu verso, mas que o SEAIT, sistema de emissão de auto no trânsito de mercadorias não disponibiliza a referida infração.

Reitera a ocorrência do trânsito do álcool com notas fiscais, sem, contudo, se fazer acompanhar dos DAES correspondentes, de acordo com o art. 515-B, RICMS que reproduz. Argumenta que o contribuinte tem ciência que é obrigado a fazer tal recolhimento, uma vez que solicitou regime especial para esse fim.

Afirma que a pauta fiscal é determinada por Instrução Normativa; o contribuinte pode até questionar o valor fixado em pauta, mas o agente fiscal tem que aplicar. Transcreve os artigos 133 e 911 do RICMS.

Pede a procedência do auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração lavrado após apreensão de 10.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC realizada pela unidade móvel regional de Itabuna, transportado com DANFES 10042 e 10099, exige ICMS decorrente da falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída da mercadoria sujeita à antecipação tributária.

Relata o Termo 027436, fl. 07, lavrado em 04.12.09, no momento da entrega do AEHC ao contribuinte COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS NUNES LTDA (67.018.796), que a apreensão ocorreu diante da constatação da ausência do recolhimento do ICMS relativo à operação própria. O álcool apreendido ficou sob guarda e responsabilidade (fiel depositário) do próprio autuado, conforme Termo de Depósito, fl.05/06.

Alega o autuado que efetuou o recolhimento da substituição tributária, conforme faz prova as próprias notas fiscais eletrônicas e DAES anexos. Argumenta que houve erro na apuração do valor do imposto, uma vez que na fixação da base de cálculo lançou o valor da substituição e o valor principal; esclarece ainda que na emissão da nota fiscal eletrônica não incluiu na base de cálculo o desconto incondicional, uma vez que o próprio SOFTWARE do Estado gerou o cálculo. O autuante, por sua vez, diz que autuação tem base legal no art. 515-B RICMS BA e que o autuado declarou no Termo de Apreensão a falta de recolhimento do ICMS das operações próprias.

Examinando a legislação que rege à espécie, verifico que a exigência encontra guarida na regra do art. 2º, § 1º, III da Lei Complementar 87/96 ao estabelecer que “O ICI território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes

gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente”. Regra essa que deve ser conciliada com o mandamento constitucional no sentido de que “o ICMS não incidirá sobre operações que destinarem a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica” (art. 155, X, b), assertiva quem também tem previsão no art. 3º, III, LC 87/96.

Assim disposta, a operação interestadual com tais mercadorias resta bipartida e o entendimento prevalente é que a imunidade constitucional estaria circunscrita à remessa do Estado de origem até a fronteira do Estado destinatário; passando a ocorrer o fato gerador do ICMS na “entrada” do território do Estado.

Entendimento esse ratificado pelo STF no RE 198088-5, ao decidir que a imunidade constitucional não foi instituída em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.

Estados e Distrito Federal, então, através o Convênio ICMS 110/07, dispõem sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos; autorizados, quando destinatários, a atribuir aos remetentes de outra unidade da federação a condição de sujeito passivo por substituição tributária em relação ao ICMS sobre tais operações.

O caso em tela aborda a apreensão de 10.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC por unidade móvel de fiscalização, quando o produto estava sendo entregue pelo autuado a adquirente, neste Estado (COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS NUNES LTDA - 67.018.796) sem o devido pagamento do ICMS referente a antecipação tributária da operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais. No Estado da Bahia, as regras do Convênio ICMS 110/07, que revogou o convênio ICMS 03/99 e trata das questões inerentes à substituição tributária, estão disciplinadas nos artigos 512-A e 512-B, RICMS BA; de outro lado, as operações próprias nas saídas internas ou interestaduais com álcool etílico hidratado combustível são tratadas de forma específicas nos artigos 515-A a 515-F, normas incorporadas ao Regulamento de ICMS desse Estado a partir do Protocolo ICMS 17/04.

É, portanto, o ICMS relativo às operações próprias nas saídas internas com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), que deve ser recolhido no momento da saída, que está sendo exigido no presente Auto de Infração, cujo demonstrativo de débito consta das folhas inicial e 03. O imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), incidindo a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O recolhimento do imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais supra referido será efetuado em conta corrente específica vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista em ato do Secretário da Fazenda (art. 51, I e 51-A, § 1º, RICMS BA).

Assegura o autuado que efetuou o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado, nos respectivos documentos fiscais de fls. 08 e 14; no entanto, os documentos de arrecadação estadual que acompanham as mercadorias (fls. 11, 13, 15 e 17), estão relacionados à operação diversa, da substituição tributária. O art. 515-B, II, RICMS BA ensina que o imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC será recolhido no momento da sua saída e o DAE devidamente quitado deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação. O que não se observa nos presentes autos.

Poderia ainda o autuado, na condição de distribuidora de combustíveis, como tal definida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio- combustíveis – ANP, livrar-se do pagamento antecipado, bastando para isso que obtivesse autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 1º, RICMS BA, o que não ocorreu.

A alegação de utilização de pauta fiscal fictícia, também não pode ser acatada tendo em vista que a base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados no próprio documento fiscal à fl. 08 e fl. 14. Além disso, a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com base em pauta fiscal é prevista na Cláusula Segunda, I do Protocolo ICMS 17/04 e o valor estabelecido na IN 34/07. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia, não havendo qualquer ilegalidade.

Igualmente não se justifica o pedido de exclusão das multas e juros, uma vez que a boa fé do autuado não é motivo de exoneração fiscal, considerando que o direito tributário se move por viés objetivo, a teor do art. 136, CTN; além disso, a imposição da multa decorreu da obrigação principal. De toda sorte, deixo de apreciar de forma definitiva tal pedido, nesta instância administrativa, visto que o pedido deve ser encaminhado à Câmara Superior do CONSEF, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, §1º do RPAF/BA.

A arguição de não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST ou que o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo, não há de ser acatada, pois, como apreciado anteriormente, o ICMS operações próprias de AEHC é apurado com base na Pauta Fiscal (Prot. ICMS 17/04 e IN 34/07) que no período fiscalizado era de R\$1,963 por litro, valor considerado pelo próprio autuado, no cálculo do ICMS-ST. Não sendo razoável o argumento defensivo de que os campos do software de emissão das notas fiscais eletrônicas (NFe) não possibilitam a inclusão do desconto incondicional na base de Cálculo do ICMS normal.

Pelo exposto, restou comprovado que o autuado não demonstrou a correção na apuração do imposto diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização. Correta é a exigência fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **209732.1205/09-3**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.729,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR