

A. I. Nº - 210541.1001/09-2
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ DAVID PEREIRA DO NASCIMENTO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 05.07.2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0159-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE. 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. Acatada alegação defensiva quanto à exclusão do valor referente ao ICMS substituição. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/10/09, exige ICMS no valor de R\$ 16.958,260, 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 o trânsito das mercadorias descritas no Termo de Apreensão, acompanhadas da NF-e 8506, emitida em 14.10.09, sujeita a antecipação interna com obrigatoriedade do pagamento imediato, na forma do art. 126, IV, RICMS, sujeição passiva na condição de distribuidor, na forma do art. 512-A, RICMS BA, sem comprovação de pagamento e por estar o autuado descredenciado.

O autuado na defesa apresentada (fls. 27/33) inicialmente diz que o auto de infração não merece subsistir e que na descrição dos fatos foi relatado que o trânsito das mercadorias descritas no termo de apreensão, acompanhada da NF-e n.º 8506, mas que estaria sujeita à antecipação interna, com obrigatoriedade de pagamento imediato, amparada no art. 126, inciso IV do RICMS.

Diz que tal relato, todavia, não corresponde à realidade, destacando que a obrigatoriedade suscitada no art. 126, IV, RICMS não se aplica à autuada, pois, a operação se refere à mera transferência entre estabelecimentos. Transcreve o citado dispositivo.

Insiste acerca da insubsistência da autuação, uma vez que a mercadoria autuada é destinada ao uso automotivo, o que afasta a aplicabilidade do art. 126 e a obrigatoriedade nele prevista; que a nota fiscal eletrônica, base da operação autuada, trata tão somente de transferência interna entre os estabelecimentos do próprio contribuinte, ocorrência alheia ao fato gerador do ICMS. Diz que no fato inexiste circulação de mercadoria, tendo em vista que não há qualquer transferência de propriedade. Transcreve, nesse sentido, a súmula 166 do STJ.

Concluindo que, se não existe tributação na operação de transferência, não há de se falar em antecipação de tributo. A transferência para a filial de Feira de S^e fiscal, objeto da autuação.

Diz ainda que é improcedente o cálculo realizado pela fiscalização em função da utilização de pauta fiscal fictícia, muito além da 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.

Reitera que sendo 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 autuante presta Informação Fiscal (fls. 67/68), repetindo as razões da autuada e explica acerca da não aplicabilidade do art. 126, IV, RICMS, como pleiteou o autuado, diz que equivocou-se o mesmo porque utilizou a versão já revogada da norma, quando ainda não incluía as operações de saída do AEHC (Decreto 11.336, de 25.11.08) com efeitos a partir de 01.02.09.

Quanto a inocorrência de fato gerador do ICMS, na transferência interna, aponta o artigo 4º da lei 7.014/96, que estabelece ocorrido o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Diz ainda que a súmula 166, do STJ, é inaplicável porque o fato em questão não se trata de simples deslocamento de mercadoria, mas operação de transferência sujeita à tributação.

Afirma que a pauta fiscal poderia ser contestada na forma do art. 19, Lei 7.014/96, o que não fez o autuado; nega a exclusão de multa e juros tendo em vista que houve apenas falta de observação do inciso IV, artigo 126 por parte do contribuinte.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS devido nas operações de saída de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Relata o Termo de Apreensão e Ocorrência nº 210541.1001/09-2, fls. 04/05, lavrado em 15.10.09, o trânsito de 44.627 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, acompanhado da NF-e 8506, emitida em 14.10.09, sujeita a antecipação interna com obrigatoriedade do pagamento imediato, nos termos do art. 512-A, RICMS BA, sem a competente comprovação de pagamento e por estar o autuado descredenciado, forma do art. 126, IV, RICMS.

Alega o autuado que a obrigatoriedade suscitada no art. 126, IV, RICMS não se aplica aos fatos em questão, pois a mercadoria apreendida é destinada ao uso automotivo e a operação se refere à mera transferência interna entre estabelecimentos, não ocorrendo o fato gerador do ICMS; diz ainda que na situação inexiste circulação de mercadoria, visto não ocorrer a transferência de propriedade, conforme indica a Súmula 166 do STJ.

Examinando a legislação que rege à espécie, verifico que a exigência tem fundamento na regra do art. 2º, § 1º, III da Lei Complementar 87/96 ao estabelecer que “O ICMS incide sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e 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 gás elétrica” (art. 155, X, b), assertiva quem também tem previsão no art. 1º

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. Assim entendeu o STF 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 (RE 198088-5).

Estados e Distrito Federal, 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 44.627 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC transitando com a nota fiscal eletrônica 8506 (fl. 09), sem, no entanto, se fazer acompanhar dos comprovantes do imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação, devido no momento da saída das mercadorias (art. 126, IV, RICMS BA), além da prova de recolhimento do imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC realizado no momento da sua saída, cujo DAE, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação (art. 515-B, II, RICMS BA).

A alegação do sujeito passivo centra-se na inexistência de tributação na presente operação, que se refere a uma transferência do combustível para sua filial em Feira de Santana. Não havendo falar, pois, em antecipação de tributo.

Com efeito, o art. 356, I, RICMS BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, regulamenta a disposição de que não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento atacadista, neste Estado. No caso em concreto, a nota fiscal eletrônica 8506 (fl. 09) cuida da transferência de AEHC do estabelecimento autuado para outro estabelecimento atacadista da mesma sociedade empresaria (CICMS 77.804.511). Razoável, em função de tal disposto, que não seja exigido, de ofício, a Substituição Tributária por Antecipação, na presente operação (art. 353, IV c/c art. 512-A, inciso I, “b”-1).

No entanto, a cobrança do ICMS relativa à operação própria nas saídas internas, exigível nas operações com AEHC, é de natureza jurídica diversa e a legislação determina que o imposto respectivo seja recolhido no momento da saída das mercadorias e o DAE, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, em conformidade com o art. 515-B, RICMS BA.

Dessa forma, apesar do próprio autuado promover a substituição tributária na presente operação, ao fazer o destaque do ICMS substituição no respectivo documento fiscal, NF-E 8506 (fl.09), acatamos seu argumento defensivo, por regência do art. 356, I, RICMS BA, que prevê a dispensa da retenção do ICMS nas transferências internas; o ICMS das operações próprias, contudo, destacado, igualmente pelo autuado, no documento fiscal, não pode ser postergado o seu recolhimento por determinação expressa da legislação regente, a teor do art. 515-B combinado com o art. 126, IV, RICMS BA.

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, § 2º, RICMS BA. O que também não ocorreu.

A alegação de utilização de pauta fiscal fictícia, também não pode se base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores documento fiscal. Além disso, a apuração da base de cálculo do

internas com AEHC com base em pauta fiscal é prevista na Cláusula Segunda, I do Protocolo ICMS 17/04. 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.

Pelo exposto, restou comprovado que o autuado não recolheu antecipadamente o imposto relativo à operação própria, devido na saída interna de AEHC, correta é a exigência fiscal, com a retificação a seguir para exclusão do valor relativo ao ICMS Substituição.

Nota Fiscal	Data Ocorrência	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Histórico	Valor em Real
8506	15.10.2009	87.602,80	19,00	60,00	16.644,53	16.644,53
TOTAL					16.644,53	16.644,53

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210541.1001/09-2, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.644,53**, 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, 14 de junho de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR