

A. I. N ° - 124198.0007/09-2
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ COSTA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 11.08.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0201-02.10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou ICMS em notas fiscais e não realizou o recolhimento no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC - álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias. Realizada correção no valor transportado para o Auto de Infração. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/12/2009, exige ICMS, no valor histórico de R\$5.614,50 acrescido da multa de 60%, decorrente de falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Consta da descrição dos fatos: falta de recolhimento, no prazo regulamentar, sobre a operação própria na venda de ALCÓOL HIDRATADO CARBURANTE, referente aos DANFE's n°s 1043 e 1044 de 02/12/2009 em anexo.

O autuado apresentou defesa, fls.16 a 20, salientando que foi autuada pela suposta falta de recolhimento do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária. Todavia, tal relato não corresponde à realidade vivida pela impugnante, posto que, houve sim o recolhimento do tributo devido a título de substituição conforme amplamente discriminado nas NFs-e e nos Documentos de Arrecadação Estadual anexados aos autos. Ocorre que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição quando da lavratura do Auto de Infração, o fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto o quanto devido a título de ICMS Substituição, bem como o quanto devido a título de ICMS principal. Isto posto, constatou-se a falta de retenção do tributo devido a título de substituição que, na realidade, não ocorreu, uma vez que o mesmo foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria.

Ressalta, ainda, que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte da impugnante. Não foi 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.

Diz que é improcedente o cálculo realizado pela fiscalização que utilizou uma pauta fiscal fictícia, pois a pauta fiscal do Estado da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil. É vastamente sabido no território baiano que o litro do álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido no preço de R\$ 2,00. No imposição de uma pauta fiscal totalmente desproporcional à realida

Argumenta que, enquanto a mercadoria chega a ser distribuída a R\$ 0,91 (noventa e um centavos) o litro, por exemplo, 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. Não existe preço sequer próximo ao previsto na pauta fiscal.

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, como o Superior Tribunal de Justiça já decidiu.

Frisa que, ainda que se entenda que o débito subsiste, requer que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado e roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, de acordo com o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, o qual transcreveu, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Ao final, requer pela improcedência da autuação.

O autuante, fls. 65 a 70, ao prestar a informação fiscal, diz que o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, conforme DANFE's acostado aos autos, tendo constatado que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme manda o Art. 515-B do RICMS combinado com o Protocolo 17/04.

Argumenta que a legislação de que trata do recolhimento do ICMS em suas operações próprias com álcool carburante é clara quando enuncia os ditames a serem seguidos pelos contribuintes, como o caso em questão, tendo transcrito os artigos 515-A, 515-B e 126 do RICMS/BA.

Reitera que, pelo enunciado no Auto de Infração de Infração, o que se busca é o pagamento do ICMS em suas operações NORMAIS, previsto na legislação acima citada, e não o ICMS da substituição tributária feita pelo contribuinte.

Quanto à determinação da base de cálculo, diz que foram usadas as constantes dos DANFE's objeto da autuação por tanto, não se inventou nenhum valor para se cobrar o imposto do contribuinte, o que está sendo cobrado é exatamente o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais anexados.

Em relação a multa aplicada assevera que é a prevista para a infração cometida, não vendo como invalidar a sua ação fiscal.

Ao finalizar opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado no trânsito da mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Apesar de estar assim descrita, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que na descrição do fato o autuante consignou que lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação do respectivo DAE, quitados, em suas operações próprias com ALCÓOL HIDRATADO CARBURANTE, referente DANFE's nºs 1043 e 1044, não possuindo o contribuinte, autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal.

Para embasar a infração foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 124198.0035/09-6, constando no campo Descrição dos Fatos, que foi apurada a seq

recolhimento, no prazo regulamentar, sobre a operação própria na venda de ALCÓOL HIDRATADO CARBURANTE, referente aos DANFE's nºs 1043 e 1044 de 02/12/2009 em anexo.

Fez-se necessário repetir o texto da acusação constante nos Auto de Infração e Termo de Apreensão para que não exista dúvida quanto a infração que foi imposta ao sujeito passivo, a qual trata, única e exclusivamente, do ICMS normal. Portanto, este fato não causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, inclusive o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao valor do ICMS normal, destacado no documento fiscal, que deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, haja vista que o contribuinte não comprovou possuir autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em outro prazo. Assim, não tem nenhuma pertinência os argumentos defensivos relativos a substituição tributária, uma vez que, na ação fiscal em lide, nada foi imputado ao autuado em relação a substituição tributária.

Na peça defensiva o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação. Por consequência os argumentos trazidos pela defesa de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, repito, este não foi o motivo da autuação, conforme amplamente demonstrado acima o que foi autuado foi o ICMS Normal.

No mesmo sentido não tem pertinência a alegação de que foi usada na apuração do imposto a pauta fiscal, uma vez que a autuação não se refere a substituição como alegou a defesa, a autuação é decorrente do ICMS Normal, não tendo o autuante utilizado qualquer pauta fiscal.

Analisando os documentos fiscais que embasaram a autuação fica claro que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo o destacado na Nota Fiscal pelo contribuinte autuado. Entretanto, ao transportar o valor para o Auto de Infração, o autuante indicou o valor de R\$ 5.614,50, quando o valor correto é R\$5.594,55, conforme DANFE'S Nº 10149, acostados às folhas 07 nos autos.

Quanto a alegação defensiva de existência de suposto erro no *software* de emissão de nota fiscal eletrônica, entendo que essa alegação não tem qualquer pertinência, uma vez que o contribuinte vem utilizando o referido sistema, por muito tempo, não tendo comprovado, pelo menos no presente no auto em lide, ter formalizado qualquer questionamento à Administração Tributária Estadual até a presente data.

Devo esclarecer que Nota Fiscal Eletrônica - NF-e é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador, em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A e foi instituída pelo Decreto nº 10.066/06, que procedeu a Alteração nº 79 do RICMS/97, cujos efeitos surtiram a partir de 04/08/06, conforme dispõe o art. 231-A, *in verbis*:

Art. 231-A. A Nota Fiscal Eletrônica - NF-e poderá ser utilizada em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, pelos contribuintes do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI ou Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS (Ajuste SINIEF 07/05).

No primeiro momento a utilização da *Nota Fiscal Eletrônica - NF-e* era facultativa e deveria o contribuinte solicitar, previamente, seu credenciamento junto à Secretaria da Fazenda, entretanto o mesmo deveria ser usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados.

Ocorre que, mediante Alteração nº 92 do RICMS-BA, decorrente do Decreto nº 10414, com efeitos a partir de efeitos de 04/08/07, foi acrescido o art. 231-P, abaixo transcrito:

"Art. 231-P. A partir de 1º de abril de 2008, em substituição à emissão de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, os contribuintes que exercem as atividades a seguir indicadas ficam obrigados a emitir NF-e nas operações que realizarem:

I - distribuição de combustíveis líquidos, assim definidos e autorizados

II - fabricação de cigarros;

III - distribuidores de cigarros;

IV - produtores, formuladores e importadores de combustíveis líquidos, assim definidos e autorizados por órgão federal competente;

V - transportadores e revendedores” (grifei)

Antes de imitar NF-e, conforme determina o Art. 231-B, RICMS/BA, o contribuinte deverá, **previamente**, realizar os testes no ambiente disponibilizado pela Secretaria da Fazenda - SEFAZ, observado os procedimentos previstos em ato específico do Secretário da Fazenda. Portanto, não é razoável aceitar a alegação defensiva, apresentada apenas após autuação, de que existe falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica, depois de decorrido tanto tempo de utilização do referido sistema pelo autuado.

Ademais, o próprio impugnante utilizou como crédito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais para efeito de cálculo da substituição tributária, fato que comprova que, apesar da peça defensiva questionar o programa de emissão de nota fiscal, o contribuinte autuado reconhece que o ICMS normal foi apurado corretamente, ante a utilização do referido valor à título de crédito do imposto. Caso o contribuinte venha, posteriormente, comprovar erro de emissão de nota fiscal eletrônica, deverá a Inspeção Fiscal competente, programar nova ação fiscal para cobrança da diferença que, fatalmente, irá ser devida no recolhimento do ICMS substituição tributária, uma vez que o crédito utilizado na apuração do imposto devido na substituição deve corresponder ao crédito do ICMS da operação própria e havendo redução do mesmo resultará em um ICMS-ST superior ao recolhido pelo autuante, gerando uma diferença do ICMS devido pelo contribuinte à título de substituição tributária, entretanto, reitero mais uma vez que a questão da substituição tributária não faz parte da presente lide.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFE's, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias (ICMS NORMAL, objeto da autuação), conforme determina o 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**, devendo o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, devendo, ainda, constar o número da autenticação no corpo da própria nota fiscal, em conformidade com os incisos II e III do citado artigo, *in verbis*:

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:

...

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;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

Da interpretação dos dispositivos acima, sem sombra de dúvida, o ICMS Normal, operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possua autorização do Diretor de Administração Tributária, após parecer técnico da COPEC, para recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, o que não foi comprovado nos autos, o que demonstra o acerto da ação.

Quanto ao pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios

falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado. De igual modo, não pode ser acolhido o pedido defensivo com base no Art. 159, pois o mesmo não pode ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que a competência é da Câmara Superior do CONSEF, devendo o contribuinte requerer diretamente ao órgão competente, se entender ser pertinente.

Devo ressaltar que, se o contribuinte tivesse realmente interesse de quitar o débito sem a multa e sem os acréscimos moratórios, teria utilizado do benefício da recente Lei Nº 11.908, de 04 de maio de 2010, a qual dispensou o pagamento de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICM e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2009, inclusive com cobrança ajuizada, desde que o interesse fosse formalizado pelo contribuinte até 25 de maio de 2010, entretanto, não consta nos autos que assim tenha procedido o impugnante.

Pelo acima exposto, entendo que restou comprovado que o autuante apenas exigiu o pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado e que não recolhido no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC- álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Ressalto, outrossim, que o autuante incorreu em equívoco ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo a alínea “e” do inciso II do Art. 42, quando o correto é a alínea “f” do mesmo inciso, mesmo art. 42 e mesma da Lei nº 7014/96, pelo que fica apenas retificado o inciso indicado, uma vez que a multa foi corretamente calculada no percentual de 60%.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando o valor reduzido de R\$5.594,55, para R\$4.289,15.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **124198.0007/09-2**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.594,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR