

A. I. Nº - 210413.0004/10-3  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - JOSENILTON DOS SANTOS FILHO  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 09. 11. 2010

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0321-01/10

**EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADICIONAL DO ICMS PARA O FUNDO DE POBREZA. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE (AEHC). FALTA DE PAGAMENTO RELATIVO ÀS SAÍDAS INTERNAS.** A legislação tributária determina o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado no documento fiscal, nas operações internas com álcool etílico hidratado combustível. O documento de arrecadação devidamente quitado deve acompanhar as mercadorias durante a circulação destas. O sujeito passivo não faz prova do pagamento antecipado do ICMS relativo às operações próprias. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. A constatação de equívoco na aplicação da alíquota, de 27%, quando a correta é a de 19%, resulta na redução do montante do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 05/01/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$40.095,00, acrescido da multa de 60%, em razão de “*falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”. Na “Descrição dos Fatos” consta que se refere à “**FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES PRÓPRIAS NA VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO, CONFORME DANFES DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS N°S 21.879, 21.885, 21.892, 21.989, 22.111, 22.119, 22.120, 22.125, 22.127 e 22.135.**”

Consta, de igual modo, no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210943.0003/10-3 às fls. 05 e 06, que a irregularidade verificada se referiu à falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do ICMS sobre as operações próprias nas vendas de álcool hidratado carburante.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 28 a 30, argumentando que a acusação não corresponde à realidade dos fatos, uma vez que fora feito o recolhimento do tributo devido a título de substituição tributária, conforme discriminado nas notas fiscais e nos documentos de arrecadação [DAEs], que anexou às fls. 37 a 61.

Salienta que no Auto de Infração ocorreu um equívoco na apuração do imposto devido, desde quando a autuação se refere tão somente à falta de retenção do ICMS substituição, devido nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, uma vez que ao fixar a base de cálculo, o fisco considerou tanto o imposto devido por substituição como o ICMS principal. Assim, apesar de ter sido indicada a falta de retenção do tributo devido a título de substituição, esse fato não ocorreu, desde quando o imposto foi recolhido quando das saídas das mercadorias.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo, uma vez que o desconto incondicional não foi incluído na base de cálculo, uma vez que o contribuinte preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado

Frisa que o programa de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Transcreve o art. 159, § 1º incisos II e III do RPAF/BA, argumentando que caso se entenda pela manutenção da infração, que a multa e os juros sejam excluídos, tendo em vista a sua evidente boa-fé, sempre registrando e declarando adequadamente seus débitos perante o Estado da Bahia.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Às fls. 65/66, o autuado ingressou com requerimento, alegando que sempre recebera intimações atinentes a processos administrativos fiscais em seu endereço, que não alterado, entretanto, apesar de o art. 108, § 1º do RPAF/BA estabelecer que a intimação somente será feita por edital quando não a tentativa via postal não tiver êxito, foi surpreendido com o Edital de Intimação nº. 3/2010, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 13/02/2010, quando foi intimado a quitar nove autos de infração ou a apresentar defesa.

Afirma que tendo se dirigido à SAT/COPEC, local designado para tomar ciência dos processos, foi informado que os mesmos não se encontravam naquela unidade fazendária. Por esta razão, solicita que lhe seja devolvido o prazo para apresentação de defesa ou quitação do tributo, bem como que lhe seja disponibilizado o acesso aos autos do processo em questão.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 77 a 80, ressaltando que o lançamento decorreu da constatação de que a mercadoria (álcool etílico hidratado carburante - AEHC) foi despachada com a devida retenção do ICMS por substituição tributária, porém sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, conforme determina o art. 515-B do RICMS/BA, combinado com o Protocolo 17/04.

Salienta que a legislação que trata do recolhimento do ICMS referente às operações com AEHC é clara quando enuncia as regras a serem seguidas pelos contribuintes, sendo que o art. 515-B do RICMS/BA determina que o recolhimento do ICMS relativo às operações próprias deve ser feito no momento da saída do produto, enquanto que no inciso II consta que, no trânsito, a mercadoria deve ser acompanhada do DAE referente a esta operação. No presente caso, a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, estando apenas com o DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto da autuação.

Ressalta que o impugnante não possui o benefício previsto no art. 126, inciso IV, item 2 do RICMS/BA, para o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, haja vista que não dispõe de autorização para tanto da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis), conforme dispõem os transcritos artigos 515-A; 515-B, incisos e parágrafos; e 126 e incisos, além dos incisos do seu parágrafo único, todos do RICMS/BA.

Contesta as alegações defensivas de que fora efetuado o lançamento apenas sobre a falta de retenção do ICMS por substituição, aduzindo que pelo enunciado no Auto de Infração, o que se busca é o pagamento do ICMS pelas operações normais, prevista na mencionada legislação e não o imposto da substituição tributária, conforme feito pelo contribuinte. Isto porque, se não foi feito o recolhimento do tributo das operações normais, isto ocorreu por livre e espontânea vontade do autuado, uma vez que é do seu conhecimento a necessidade de autorização da COPEC para uso de prazo normal para pagamento do tributo relativo a essas operações.

Quanto à determinação da base de cálculo, realça que foi usada aquela constante do DANFEs, de modo que os valores não são aleatórios, estando cobrando exatamente o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais. No que se refere à multa, é aquela prevista para a infração cometida.

Ressalta que o Auto de Infração está respaldado nos ditames legais, equivocando-se o contribuinte em todas as suas razões de impugnação, razão pela qual sugere totalmente procedente.

## VOTO

Observo, inicialmente, que a despeito de o autuado ter alegado que fora intimado apenas por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, solicitando, por essa razão, que lhe fosse devolvido o prazo de defesa, consta às fls. 22/23, que o contribuinte foi regularmente intimado por via postal, o que afasta qualquer sugestão de que tivesse ocorrido cerceamento do seu direito de defesa. Ademais, o fato de ter apresentado defesa no prazo normal, quando abordou os fatos evidenciados na autuação, contestando a acusação fiscal, indica, sem sombra de dúvida, que o contribuinte teve conhecimento de todos os elementos constantes dos autos.

Após analisar os elementos constitutivos do Auto de Infração, especialmente a própria peça inicial, o Termo de Apreensão e os DANFES (documentos auxiliares das notas fiscais eletrônicas), verifico que a autuação diz respeito à exigência de ICMS decorrente da apreensão de 75.000 litros de AEHC (álcool etílico hidratado carburante), que se encontrava em trânsito, sem o devido pagamento do imposto referente à operação própria, apesar de destacado nos documentos fiscais.

Constatou que o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210943.0003/10-3, acostado às fls. 05/06, foi lavrado para materializar a constatação da irregularidade apurada nos DANFES, isto é, a “FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES PRÓPRIAS NA VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO, CONFORME DANFES DE Nº.S 21.879, 21.885, 21.892, 21.989, 22.111, 22.119, 22.120, 22.125, 22.127 e 22.135.”

Saliento que de acordo com o art. 38 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o Auto de Infração deve ser lavrado sempre que, mediante ação fiscal, for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória. Já o seu art. 28, inciso IV, dispõe que a autoridade administrativa que efetuar tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará Termo de Apreensão para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração.

Por sua vez, o art. 41, inciso I do mesmo Regulamento, determina que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente. Portanto, em conformidade com os referidos dispositivos regulamentares, o Auto de Infração deve ser lavrado com fundamento no Termo de Apreensão, devendo ser acompanhado deste.

Na presente situação, percebo que no campo “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração, consta expressamente o seguinte: “FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES PRÓPRIAS NA VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO, CONFORME DANFES DE Nº.S 21.879, 21.885, 21.892, 21.989, 22.111, 22.119, 22.120, 22.125, 22.127 e 22.135.”

Assim, a “*Descrição dos Fatos*” no Auto de Infração, encontra-se em perfeita conformidade com a “*Descrição dos Fatos*” apostada no Termo de Apreensão que o fundamentou, não restando dúvida de que a exigência diz respeito à “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECORRENTE DAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE.”

Este registro se presta a deixar claro que a descrição da infração contida no Auto de Infração, isto é, “*falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, em nada prejudicou ao contribuinte no exercício do direito de ampla defesa, haja vista que ele, claramente, era sabedor do que estava sendo acusado. Mesmo porque, nos DANFES arrolados na autuação, o autuado registrou os valores relativos ao ICMS substituição tributária devidos, efetuando o pagamento correspondente, conforme comprovantes que anexou. Ademais, a despeito de ter destacado, também, o ICMS referente à operação própria nos DANFES, não efetuou o pagamento antecipado a que estava obrigado, não apresentou os comprovantes de recolhimentos no momento da ação fiscal, e nem os acostou à peça de ‘ ‘

Ressalto que as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com

derivados ou não de petróleo, se encontram disciplinadas nos artigos 512-A e 512-B do RICMS/BA. Já as operações próprias nas saídas internas ou interestaduais com álcool etílico hidratado combustível são tratadas de forma específica nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Deste modo o ICMS relativo às operações próprias aqui sob análise, e que deve ser recolhido no momento da saída, é o que está sendo exigido no Auto de Infração em lide, caso em que no cálculo do imposto deve-se tomar por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), aplicando-se a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais, deverá ser 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 do RICMS BA).

Em sua impugnação, o contribuinte alegou que o lançamento não corresponde à realidade dos fatos, argumentando que foi exigido o pagamento do ICMS referente às saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo que o tributo devido a título de substituição tributária tinha sido recolhido. Assevero, entretanto, com base no quanto delineado acima, que descabe inteiramente a alegação defensiva quanto à existência de qualquer equívoco na constituição do crédito tributário, da forma como consubstanciada nos presentes autos.

Consigno que o autuado, na condição de distribuidor de combustíveis, como definido pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis – ANP, poderia afastar a obrigatoriedade do pagamento antecipado do imposto devido pelas operações próprias, caso obtivesse autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º do RICMS BA, o que de fato não ocorreu. Assim, os documentos que acobertavam a carga transportada deveriam se fazer acompanhar dos respectivos DAEs, devidamente quitados, com os números das autenticações bancárias sendo indicados nas notas fiscais, providências não adotadas pelo contribuinte.

Apesar de o autuado ter se insurgido contra a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações próprias com base em pauta fiscal, não há qualquer óbice para a adoção desse procedimento, desde quando se encontra previsto na cláusula segunda, inciso I do Protocolo ICMS 17/04, desde que maior que o valor da operação. Assim, a apuração da base de cálculo do ICMS exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

Observo, no entanto, que o autuante incorreu em equívoco ao calcular o valor do imposto devido, haja vista que aplicou uma alíquota de 27%, quando a correta é de 19%. Assim, sobre a quantidade total do produto (75.000 litros de AEHC), aplique o valor previsto na pauta fiscal (R\$2,00), que resulta na base de cálculo de R\$150.000,00, sobre a qual incide a alíquota de 19%, resultando no ICMS total de R\$28.500,00, concernente à operação própria.

Constatou, por outro lado, que apesar de o autuante ter sugerido um percentual correto para a multa (60%), a recomendação baseada na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não é a indicada para o presente caso, uma vez que a tipificação correta é aquela verificada em sua alínea “f”, por se tratar de “*hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo*”, razão pela qual, de ofício, retifico a multa aplicada.

Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à multa, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido pode ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA. No que concerne aos juros, não existe previsão a sua exclusão.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o à operação própria destacado nos respectivos documentos fisc subsistente a infração e voto pela procedência parcial do Auto de Infra

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. 210413.0004/10-3, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.500,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR