

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

## 1ª 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 NºS 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 haja vista que o desconto incondicional não foi incluído na base de cálculo e preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Esta

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.

Constato 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*” aposta 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), aplico 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.

Constato, 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

## 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. 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