

A. I. N° - 124198.0008/09-9
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ COSTA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 11.11.2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0323-01/10

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 03/12/09, exige ICMS no valor de R\$ 3.762,00, acrescido de multa de 60%, em decorrência de falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Consta na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração: “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFES N°.S 20574 E 20576 DE 02/12/2009 EM ANEXOS.”

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 15 a 17, sustentando que o Auto de Infração não merece subsistir, tendo em vista que não praticou qualquer infração à legislação tributária. Diz que na descrição dos fatos foi relatado que a impugnante “não realizou o recolhimento de ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária”, contudo, que tal relato não corresponde à realidade, posto que houve o recolhimento do tributo devido à título de substituição, conforme consta nas NFs-e e documentos de arrecadação anexados aos autos.

Assevera que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Argumenta que o Auto de Infração se refere tão-somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição, devido nas operações de saída da mercadoria sujeita à antecipação tributária, porém, o Fisco considerou o valor do ICMS Substituição, bem como o valor devido de ICMS principal. Salienta que, a falta de retenção alegada não existiu, uma vez que o valor foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída das mercadorias.

Ressalta que não houve erro na determinação da base de cálculo, assim como, que não houve a inclusão do desconto incondicional nessa base de cálculo, uma vez que, simplesmente, preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. Afirma que o próprio programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica impede o lançamento de descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS. Questiona, também, a utilização de uma pauta fiscal fictícia, muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil. Sustenta que no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido no preço de R\$ 2,00.

Diz, ainda, que a mercadoria chega a ser distribuída a R\$ 0,91 e o Estado presume que seja vendida a R\$ 2,00, com margem de lucro de 110%, fora da realidade do mercado. Aduz que, por isso, a pauta fiscal é um instrumento impróprio para que seja recolhido o tributo, demandando uma revisão para que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não da pauta. Cita e transcreve, nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça, no RMS 16.810/PA. Sustenta que mesmo subsistente, o cálculo do débito deve ser refeito, tendo em vista a ilegalidade da pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração ou, se mantida a autuação, a exclusão da multa e dos juros imputados com fulcro no art. 159, §1º, II, III do RPAF.

Na informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 30 a 35), este diz que o autuado transportava 10.000 litros de álcool carburante acobertado pelas DANFES 20574 e 20576, destinados a Rodrigues Torres Com. de Deriv.Petróleo Ltda., e Posto de Combustíveis Jaguaribe com a devida substituição do ICMS, contudo, sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, conforme previsto no art. 515-B do RICMS e Protocolo 17/04. Acrescenta que, por esta razão, emitiu o Termo de Apreensão nº 124198.0036/09-2 e, consequentemente, o Auto de Infração, por ofensa ao art. 353, II do RICMS/BA e imposição da multa prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei 7.014/96.

Prosseguindo, reproduz a legislação pertinente ao fato e frisa que o art. 515-B faz menção expressa ao recolhimento antecipado do ICMS das operações próprias, no momento da saída de AEHC, além de se fazer acompanhar do respectivo DAE. Assevera que, no presente caso, a mercadoria estava acompanhada somente do DAE relativo à substituição tributária. Ressalta que o autuado não possui o benefício do art. 126, IV do RICMS, para recolhimento do imposto no dia 15 do mês subsequente.

Rechaça as alegações defensivas, afirmando que a exigência fiscal recai sobre o ICMS das operações normais e não aquele relativo à substituição tributária. Diz, ainda, que é de conhecimento do autuado a autorização da COPEC para o pagamento do tributo no prazo normal. Com relação à base de cálculo, esclarece que utilizou a mesma existente nos DANFES, sendo a multa imposta a prevista para a infração cometida.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação diz respeito à exigência de imposto, decorrente de apreensão de 15.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, em trânsito, sem o devido pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais.

Constato que o Termo de Apreensão n. 124198.0036/09-2, acostado aos autos às fls. 05/06, foi lavrado para materializar a constatação da irregularidade apontada nos DANFES nºs. 20574 e 20576, ou seja: “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFES N°.S 20574 E 20576, DE 02/12/2009 EM ANEXOS.”

Conforme estabelece o art. 38 do Regulamento do Processo Administrativo, o Auto de Infração será lavrado para exigência de tributos, acréscimos e multas que, mediante ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte o

mercadorias, for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Já o art. 28, inciso IV do mesmo RPAF/99, dispõe que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que seja lavrado, Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS.

Por sua vez, o art. 41, inciso I, do mesmo Diploma regulamentar processual acima referido, 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 dispositivos regulamentares acima referidos, o Auto de Infração deve ser lavrado com fundamento no Termo de Apreensão, devendo ser acompanhado deste.

No presente caso, constato que no campo “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração, consta expressamente o seguinte: “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFES Nº.S 20574 E 20576, DE 02/12/2009 EM ANEXOS.”

Assim, a “*Descrição dos Fatos*” no Auto de Infração, encontra-se em perfeita conformidade com a “*Descrição dos Fatos*” no Termo de Apreensão que o fundamentou, não restando dúvida de que a exigência diz respeito à “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFES Nº.S 20574 E 20576, DE 02/12/2009 EM ANEXOS.”

O registro acima se faz necessário, pois, a meu ver, a descrição da infração no Auto de Infração em exame, isto é, “*falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, em nada prejudicou o contribuinte no exercício do direito de ampla defesa, haja vista que este, claramente, era sabedor do que estava sendo acusado. Mesmo porque, nos DANFES nº.s 20574 e 20576 arrolados na autuação, o sujeito passivo registrou os valores relativos ao ICMS substituição tributária devidos, inclusive, efetuando o recolhimento, conforme comprovantes de recolhimentos acostados aos autos. Em verdade, apesar de ter destacado, também, o ICMS referente à operação própria nos mencionados DANFES, o sujeito passivo não efetuou o pagamento antecipado a que estava obrigado, pois, não apresentou os comprovantes de recolhimentos no momento da ação fiscal, assim como, no momento da apresentação da peça de defesa.

Vale registrar, que no Estado da Bahia, as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99 e dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, estão 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 específicas nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento de ICMS do Estado a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Assim, o ICMS relativo às operações próprias nas saídas internas com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), que deve ser recolhido no momento da saída, é o que está sendo exigido no Auto de Infração em lide. Nessa situação, 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, deverá ser efetuado em conta corrente específica vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma pre Fazenda (art. 51, I e 51-A, § 1º, RICMS BA).

Observo que, apesar de o autuado alegar que efetuou o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, os indispensáveis comprovantes de recolhimentos respectivos não acompanham as mercadorias.

Ora, o art. 515-B, II, do RICMS/BA determina 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, no presente caso.

Consigno que o autuado, na condição de distribuidor de combustíveis, como tal definida 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 para isso autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º, RICMS BA, o que de fato não ocorreu.

No que concerne à alegação de utilização de pauta fiscal fictícia, vejo que esta também não pode ser acatada, tendo em vista que a base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados nos próprios documentos fiscais às fls. 07 a 09. Observo, ainda, que mesmo se ocorresse apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com base em pauta fiscal, não haveria qualquer óbice, porquanto prevista na Cláusula Segunda, I do Protocolo ICMS 17/04, desde quando maior que o valor da operação. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

Observo que, a multa indicada no Auto de Infração no percentual de 60% foi a prevista na alínea “e” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, quando a penalidade correta, apesar de também ser de 60%, é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, motivo pelo qual retifico de ofício a multa aplicada.

Quanto ao pedido de exclusão da multa, certamente, não pode ser apreciado por este órgão julgador de primeira instância, haja vista que a competência para tanto é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido deve ser encaminhado, assim querendo o contribuinte, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, §1º do RPAF/BA. Com relação ao pedido de exclusão dos juros, cabe-me consignar que inexiste previsão legal para sua dispensa, conforme pretendido pelo impugnante.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, considero subsistente a infração.

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 **124198.0008/09-9**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.762,00**, 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, 25 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUE