

A. I. Nº - 232608.0201/10-9
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DOMINGOS SÁVIO BRAITT FIGUEIREDO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 17. 11. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0331-01/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE. SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível, o ICMS a ser recolhido por substituição tributária será pago no momento da saída da mercadoria, exceto quando a distribuidora tiver autorização da COPEC para efetuar o pagamento em momento posterior. Do débito tributário lançado, foram deduzidos os valores recolhidos tempestivamente. Afastadas as alegações de ilegalidade e de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 01/02/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$13.300,00, acrescido da multa de 60%, em razão de o sujeito passivo ter deixado de efetuar a retenção do imposto correspondente à substituição tributária nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Na “Descrição dos Fatos” é informado ter sido constatado o transporte de 35.000 litros de álcool hidratado carburante (AEHC), nos veículos de placas GXA-4483, GZB-2069, JRX-4711 e GZG-0226, que se encontravam estacionados no pátio da transportadora MR Transporte de Combustível, tendo sido apresentados os DANFES de nº.s 1.781, 1.793, 1.792, 1.833 e 1.837, ocorrendo o trânsito do produto sem recolhimento do imposto pelo fornecedor a título de substituição tributária, conforme estabelece a legislação vigente.

Consta o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 001/10 à fl. 05.

A empresa MR Transporte de Combustíveis, responsável pelo transporte do álcool, ingressou com petição às fls. 15/16, salientando que atua no ramo de transporte de combustíveis para várias distribuidoras e que de acordo com o Auto de Infração epígrafado foi indicada como depositária fiel de mercadoria apreendida, de propriedade da Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda.

Aduz que a assinatura constante no Termo de Depósito do Termo de Apreensão e Ocorrências pertence a um seu funcionário que não estava autorizado para essa função, razão pela qual não pode aceitar o encargo de depositária, pois o termo não foi assinado por ela ou seu representante legal. Acrescenta que de acordo o seu ato constitutivo (fls. 17 a 19), no seu quadro societário não consta nenhum representante de nome Natalício Martins Nolasco, que assumiu aquele encargo.

Assevera que não foi conferido poder através de Instrumento de Mandato ou Autorização, para que o referido funcionário assumisse um encargo de tamanha responsabilidade.

Entende que a fiscalização agiu de forma incorreta ao induzir um mero funcionário a assinar o Termo de Apreensão e Ocorrências, motivo pelo qual este é nulo de pleno direito, por falta de legitimidade de quem o assinou.

Requer o cancelamento do Termo de Apreensão e Ocorrências, devendo a empresa MR Transportes de Combustíveis Ltda. ser exonerada do encargo de Depositário Fiel de 35.000 litros de AEHC, pois nenhum de seus sócios ou representantes legais assinou o Termo de Depósito.

Protesta provar o alegado por todos os meios de provas admitidas em direito.

O autuado apresentou impugnação às fls. 27 a 30, quando reprisou os termos constantes da manifestação trazida pelo fiel depositário, suscitando preliminar de nulidade do Termo de Apreensão e Ocorrências, tendo em vista que no Termo de Depósito foi designado como fiel depositário da mercadoria apreendida a empresa MR Transporte de Combustíveis Ltda., porém esta não concedeu poderes legais ao seu funcionário que assinou o mencionado termo, o que o torna nulo, por falta de legitimidade de quem o assinou.

Atacando o mérito, frisa que no momento da autuação somente havia 5.000 litros de AEHC no tanque do veículo transportador e não os 35.000 apontados pelo fisco. Afirma que em relação aos 30.000 litros a fiscalização deveria tê-lo intimado a apresentar os documentos fiscais correspondentes.

Deste modo, conclui que o valor a ser exigido deve representar o ICMS no montante de R\$1.900,00, que somado à multa totaliza R\$3.040,00, referente à quantidade acima mencionada.

Requer que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, em conformidade com o inciso IV do art. 964 do RICMS/BA; o cancelamento do Termo de Apreensão e Ocorrências, com a empresa MR Transportes de Combustíveis Ltda. sendo exonerada do encargo de depositária fiel das mercadorias, por ilegitimidade de parte para o encargo; seja o Auto de Infração julgado procedente em parte, para se exigir o pagamento de R\$3.040,00, mais juros e correções, para que o processo seja extinto e arquivado, de acordo com o art. 156, inciso I do CTN e com o art. 122 do RPAF/BA; caso se entenda pela procedência, que seja refeita a apuração dos valores, tendo em vista a ilegalidade da pauta fiscal alheia à realidade do mercado; roga pela exclusão da multa e dos juros, em razão de sua boa-fé.

Às fls. 54 a 56 consta documentação relativa a impugnação interposta pela empresa Petróleo do Valle Ltda.

Agente de Tributos designado prestou Informação Fiscal às fls. 67 a 69, esclarecendo que foram encontrados os veículos, tipo caminhão tanque, com as placas GXA-4483, GZB-2069, JRX-4711 e GZG-0226, carregados com 35.000 litros de álcool etílico hidratado combustível (AEHC), com os DANFES de nº.s 1.781, 1793, 1792, 1833 e 1837, todos emitidos pelo autuado, sem recolhimento do ICMS a título de substituição tributária.

Observa que o depositário fiel, MR Transporte de Combustíveis Ltda., apresentou requerimento alegando que o funcionário Natalício Martins Nolasco, que assinou o Termo de Depósito, não estava autorizado para tal, requerendo a anulação do Termo de Apreensão.

Consigna que na sua peça de defesa o autuado admitiu a infração imputada, questionando dois aspectos: a pertinência do funcionário e preposto do depositário em assinar o Termo de Depósito constante no Termo de Apreensão e a quantidade da mercadoria objeto da ação fiscal.

Quanto ao questionamento de que o funcionário da transportadora não estava autorizado a assinar o termo, ressalta que os veículos que transportavam as mercadorias objeto da autuação estavam no pátio dessa empresa, onde o referido funcionário se encontrava, estando com uniforme e crachá da transportadora, tendo sido, durante toda a ação fiscal, o interlocutor da transportadora com a fiscalização, caso em que o RPAF/BA, por meio do transcrito e participação do preposto no processo.

Acrescenta que o requerimento da empresa transportadora e a defesa apresentada pelo autuado foram elaborados no mesmo local e pela mesma pessoa, presumindo-se que esses documentos tiveram como objetivo desfazer a ação fiscal, na qual o autuado confessa a irregularidade praticada. Assim, o transportador e o autuado indicam um funcionário da primeira para assinar o Termo de Apreensão e de Depósito, para, em seguida, questionar que o preposto não estava autorizado para assinar tais documentos.

Conclui que, deste modo, não tem fundamento legal o requerimento da transportadora e a defesa do impugnante pela anulação do Termo de Depósito, uma vez que após o julgamento do processo, o depositário fiel será obrigado a apresentar a mercadoria ou recolher o tributo devido.

Quanto à alegação de que a quantidade de álcool era de apenas 5.000 litros, salienta que de acordo com o Termo de Apreensão, com o Auto de infração e com os DANFES de nº.s 1.781, 1.792, 1.793, 1.833 e 1.837, o total representava 35.000 litros, distribuídos nos quatro veículos fiscalizados.

No que se refere à alusão quanto à ilegalidade da pauta fiscal, consigna que a pauta está prevista no art. 512-B do RICMS/BA, conforme transcreve.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Por meio de nova peça impugnatória juntada às fls. 72 a 75, o autuado alega que o lançamento não pode subsistir, tendo em vista que 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 em questão foi devidamente recolhido quando das saídas das mercadorias, em conformidade com os documentos que anexou às fls. 76 a 100.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte do impugnante, haja vista que o desconto incondicional não foi incluído na base de cálculo, pois simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. Frisa que o programa de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Acrescenta que, além disso, ao apurar o valor total do ICMS devido, a fiscalização não considerou os valores recolhidos nas operações anteriores, impedindo que o impugnante exercesse o direito de compensar créditos e débitos, mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade. Isto, porque tanto o imposto próprio da usina/refinaria, como parte do tributo devido pelo impugnante, que são recolhidos no momento da compra, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS por parte do autuado.

Exemplifica essa situação com o Auto de Infração nº. 232608.0202/10-5, no qual a exigência decorreu da mesma infração, porém o fisco calculou o valor devido considerando os créditos obtidos nas operações anteriores. Conclui que, deste modo, resta clara a improcedência dos cálculos realizados pelo autuante, quando da apuração dos valores devidos.

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 procurando registrar e declarar adequadamente seus débitos perante o Estado da Bahia.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Por meio de despacho à fl. 138, a Coordenação de Atendimento da IFMT-DAT/SUL encaminhou o processo para julgamento, salientando que o autuado cadastrou a defesa em 01/03/2010, com relação à qual foi produzida a Informação Fiscal em 22/04/2010, sendo que em

defesa, que fora cadastrada em 26/02/2010, o que representou duplicidade de defesa por parte do contribuinte.

VOTO

Constato que o autuado suscitou a nulidade do lançamento, sob a alegação de que o Termo de Depósito teria sido assinado por preposto que não teria sido autorizado pela empresa transportadora, que fora designada como fiel depositária. Entendo que essa argumentação não merece prosperar, tendo em vista que conforme esclareceu o preposto fiscal que prestou a Informação Fiscal, a ação fiscal se desenvolveu no pátio da transportadora, onde o seu funcionário se fez presente para fins de dar cumprimento aos requisitos necessários à realização dos trabalhos desenvolvidos pela fiscalização. Deste modo, concluo que o pleito defensivo não tem sustentação, tendo em vista a previsão contida no art. 3º, inciso III do RPAF/BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99), que autoriza a intervenção no processo por pessoa que mantenha vínculo empregatício com o contribuinte.

O presente Auto de Infração se refere à falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias álcool etílico hidratado carburante (AEHC), sujeitas à antecipação tributária, com o enquadramento baseado no art. 353, inciso II do RICMS/BA, enquanto que a multa sugerida, de 60%, encontra-se capitulada no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

De acordo com o disposto no art. 512-A do RICMS-BA, as distribuidoras de combustíveis são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com o AEHC, enquanto que em razão da determinação contida no inciso IV do art. 126 do RICMS, nas operações de saídas de AEHC, o ICMS a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária, deve ser pago no momento da saída da mercadoria. O disposto no parágrafo único do art. 126 admite que o ICMS em comento seja recolhido até o dia 15 do mês subsequente ao da operação, desde quando a distribuidora possua autorização da COPEC/SEFAZ nesse sentido. Como o autuado não possuía essa autorização, ele estava obrigado a para efetuar o pagamento do imposto devido por substituição tributária no momento da operação.

Na sua defesa, o autuado reconhece que estava obrigado a recolher o ICMS devido por substituição tributária no momento da operação, porém questionou a quantidade do produto objeto do lançamento, argumentando que os cálculos deveriam ter sido efetuados pelo autuante sobre 5.000 litros do produto. Quanto a este ponto, consto que de acordo com os documentos que acompanhavam as mercadorias, bem como com o Termo de Apreensão e Depósito, as mercadorias totalizavam 35.000 litros de AEHC.

A aquiescência dessa obrigação fica clara quando se observa que, nos documentos trazidos pela defesa, atestam que parte do ICMS devido por substituição tributária foi recolhido pelo autuado no momento da operação. Todavia, os argumentos defensivos atinentes a erro na apuração do imposto cobrado não podem prosperar, pois o imposto foi calculado corretamente. Observo que o preço do litro do álcool empregado pelo autuante (R\$ 2,00) é exatamente o mesmo preço utilizado pelo autuado ao apurar a base de cálculo da substituição tributária.

Observo que a diferença entre os cálculos efetuados pelo autuante e pelo autuado reside na dedução do ICMS referente à operação própria. Isto porque, ao se apurar o ICMS devido por substituição tributária, deve ser deduzido o valor que foi pago a título de ICMS próprio. No presente caso, no momento da ação fiscal, o autuado não comprovou o pagamento do ICMS referente à operação própria, o que significa que não havia crédito a deduzir, como acertadamente avaliou o autuante, haja vista que não se pode admitir que o autuado não tendo efetuado o pagamento do ICMS próprio, o deduzisse, como crédito, uma vez que deixou de recolhê-lo tempestivamente.

A exigência do ICMS em tela no momento da saída da mercado regulamentar não contém qualquer ilegalidade, pois se trata de :
acessória, que não modifica a metodologia de apuração do imposto

princípio da não cumulatividade, pois os créditos fiscais efetivamente arcados pelo autuado serão lançados nos livros fiscais próprios, conforme previsto na legislação tributária pertinente.

No que tange à utilização da pauta fiscal, ressalto que a Lei nº. 7014/96 expressamente prevê tal hipótese e de acordo com o disposto no art. 167, inc. I do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador administrativo a decretação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

O alegado erro no *software* de emissão de nota fiscal eletrônica não pode prosperar, pois nos termos do art. 231-B do RICMS-BA, ao emitir nota fiscal eletrônica, o contribuinte deverá, previamente, realizar os testes no ambiente disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, observando os procedimentos previstos em ato específico do Secretário da Fazenda. Assim, não existe nenhuma falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica.

Observo que em sua segunda peça de defesa, que entendo deva ser considerada, tendo em vista que apresentada dentro do prazo legalmente previsto para tanto, o autuado alegou que o lançamento não correspondia à realidade dos fatos, por ter exigido o ICMS referente às saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo que o tributo em questão tinha sido recolhido, em conformidade com os DAEs que acostou aos autos. Tendo restado comprovado nos autos, que o contribuinte transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com o recolhimento apenas de pequena parcela do ICMS devido por substituição tributária, determinado pelo art. 126, inciso IV, parágrafo único, inciso II do RICMS/BA, este fato atesta o acerto do procedimento do autuante, ao lançar o montante do ICMS devido por substituição tributária que não tinha sido recolhido no momento previsto.

Observo, entretanto, que na defesa o autuado trouxe documentos que comprovam o recolhimento tempestivo de parte do ICMS devido por substituição tributária em relação às notas fiscais arroladas no processo. Para que não haja cobrança de imposto em duplicidade, esses valores pagos tempestivamente pelo autuado devem ser excluídos da autuação, de modo que do valor total apurado pelo autuante, no montante de R\$13.300,00, deduzo o valor em questão, que representou a cifra de R\$246,05, implicando no saldo devedor de R\$13.053,95.

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 de todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 **232608.0201/10-9**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.053,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO]