

A. I. Nº - 124157.0787/09-8
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 30. 11 .2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0359-01/10

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 que o sujeito passivo comprovou ter recolhido 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

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2009, lança ICMS, no valor de R\$ 5.700,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da *falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*.

Na descrição dos fatos, consta que se trata da *falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFES nº 20784 e 20986 (cópias anexas) emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente a 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA. de acordo Decreto nº 6.284/97*.

O autuado apresenta defesa (fls. 16 a 18), na qual alega que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que recolheu o ICMS devido a título de substituição tributária, conforme discriminado nas notas fiscais e nos documentos de arrecadação anexados às fls. 19 a 24.

Sustenta que houve um erro na apuração do valor do imposto devido por substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Explica que o lançamento se refere apenas à suposta falta de retenção do ICMS devido por substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e, no entanto, o fisco levou em consideração para a fixação da base de cálculo o ICMS devido por substituição tributária e o ICMS principal.

Ressalta que não cometeu erro na determinação da base de cálculo do ICMS, na qual não foi incluído qualquer desconto incondicional. Diz que apenas preencheu os campos da nota fiscal, cabendo ao próprio *software* da Secretaria da Fazenda gerar o cálculo do imposto. Frisa que o próprio sistema de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Após transcrever o disposto no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF/99, o autuação seja mantida, a multa e os juros indicados no Auto de Infração vista a sua boa-fé.

Ao finalizar sua defesa, o autuado requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 41 a 44, o autuante descreve a infração apurada, transcreve dispositivos regulamentares e, em seguida, afirma que nas vendas internas de álcool hidratado a granel o contribuinte descredenciado está obrigado a comprovar o pagamento do ICMS no momento da circulação da mercadoria, conforme previsto no art. 518-B [515-B] do RICMS-BA. Acostou ao processo a memória de cálculo do ICMS cobrado (fl. 45), de uma página da Instrução Normativa 29/2009 (fl. 109) e da relação das empresas sem autorização da COPEC – Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (fl. 47).

Após transcrever outros dispositivos regulamentares e fazer uma síntese da defesa apresentada, o autuante reitera que o contribuinte não tinha autorização para efetuar o recolhimento do imposto no mês subsequente. Diz que, assim, o autuado deixou de atender ao previsto nos artigos 126 e 515-B do RICMS-BA. Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado foi notificado acerca da informação fiscal e teve o prazo de dez dias para que se pronunciasse sobre os novos elementos trazidos ao processo (fl. 49).

Ao se pronunciar (fls. 52 a 58), o autuado afirma que as alegações contidas na informação fiscal não merecem prosperar, pois o ICMS-ST foi efetivamente recolhido no momento da saída das mercadorias, conforme comprovam as notas físicas eletrônicas e os documentos de arrecadação já acostados ao processo (fls. 19 a 24).

Menciona que o fisco, ao apurar o valor do ICMS-ST a recolher, deixou de deduzir o ICMS próprio. Frisa que, seguindo o entendimento da SEFAZ, e não incluiu o desconto incondicional na base de cálculo do imposto, sendo que o próprio *software* disponibilizado pela SEFAZ não permite a inclusão de tal desconto. Explica que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor da pauta fiscal (R\$ 2,00 o litro) e o montante do ICMS próprio, sem o cálculo do desconto incondicional concedido aos postos de combustíveis. Sustenta que, dessa forma, não houve qualquer equívoco no recolhimento do ICMS-ST.

Afirma que a exigência do recolhimento do ICMS-ST no momento da circulação das mercadorias não é razoável e está baseada em uma previsão regulamentar, ou seja, infralegal. Discorre sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, transcreve o disposto nos artigos 28 e 29, da Lei 7.014/96, e no artigo 114, do RICMS-BA. Ressalta que uma norma infralegal não poderia tolher um direito revisto em lei e no RICMS-BA. Diz que a autorização da COPEC inviabiliza a fruição do direito decorrente da não cumulatividade, já que impossibilita o encontro de débitos e créditos.

Afirma que a apuração do imposto cobrado não poderia ser efetuada com base em pauta fiscal, sob pena de se exigir do contribuinte valor maior que o efetivamente devido. Diz que, nos postos de combustíveis baianos, o litro do álcool jamais foi vendido a R\$ 2,00. Frisa que a Súmula 431 do STJ já estabeleceu que é ilegal a cobrança de ICMS com base em pauta fiscal.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuado reitera que não cometeu qualquer infração à lei ou ao RICMS-BA quanto ao recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

VOTO

Trata o Auto de Infração em epígrafe da “falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Para essa infração, foi aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Nos termos do artigo 512-A, do RICMS-BA, as distribuidoras de combustíveis são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com o álcool etílico hidratado carburante (AEHC). Por força do previsto no inciso IV do artigo 126 desse citado Regulamento, nas operações de saídas de AEHC, o ICMS a ser recolhido decorrente de substituição tributária será pago no momento da saída. O parágrafo único desse artigo 126 admite que o ICMS em comento seja

subsequente ao da operação, quando a distribuidora possuir autorização da COPEC para tanto. Como no caso em tela o autuado não possuía essa referida autorização, conforme relação de fl. 108, ele estava obrigado a para efetuar o pagamento do ICMS 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 questiona o cálculo efetuado pelo autuante e a legalidade dessa antecipação do pagamento.

A ciência dessa obrigação fica clara quando se observa que, nos documentos trazidos na defesa, há comprovação de 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 utilizado pelo autuado ao apurar a base de cálculo da substituição tributária (R\$ 2,00).

A única diferença que há entre os cálculos efetuados pelo autuante e pelo autuado reside na dedução do ICMS referente à operação própria. Efetivamente, ao se apurar o ICMS devido por substituição tributária, deve ser deduzido o valor que foi pago a título de ICMS próprio. No caso em tela, no momento da ação fiscal, o autuado não comprovou o pagamento do ICMS próprio e, portanto, não havia crédito a deduzir, como acertadamente considerou o autuante. Não seria razoável admitir que o autuado, estando obrigado a pagar o ICMS próprio no momento da realização da operação de saída, não efetuasse o pagamento e ainda deduzisse, como crédito a seu favor, o valor que deixou de recolher tempestivamente.

A exigência do ICMS em tela no momento da saída da mercadoria com base em dispositivo regulamentar não contém qualquer ilegalidade, pois se trata de matéria atinente a obrigação acessória, que não modifica a metodologia de apuração do imposto. Também não procede a alegação de inobservância do 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 7.014/96 expressamente prevê tal hipótese e, o teor do 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 o autuado vem utilizando o referido sistema há tempo, sem que tenha sido comprovada qualquer irregularidade que o invalidasse. 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 - SEFAZ, observado os procedimentos previstos em ato específico do Secretário da Fazenda. Portanto, não há como se aceitar a alegação defensiva, apresentada apenas após autuação, de existe falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica.

Quanto aos descontos incondicionais, saliento que os DANFES acostados ao processo deixam claro que, acertadamente, nem autuado e nem o autuante consideraram tais valores na determinação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFES, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto sem o recolhimento tempestivo do ICMS devido por substituição tributária, conforme determina o art. 126, IV, parágrafo único, II, do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:

[...]

IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado com

granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.

[...]

Parágrafo único. Nas hipóteses do inciso IV, os contribuintes poderão, mediante autorização competente, recolher o imposto decorrente de substituição tributária por antecipação até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, sendo que:

[...]

II - quando distribuidores de combustíveis, mediante autorização da COPEC.

Tendo em vista essa determinação regulamentar acima transcrita, foi correto o procedimento do autuante, ao lavrar o Auto de Infração em tela para cobrar o ICMS devido por substituição tributária que não tinha sido recolhido no momento previsto. Todavia, observo que na defesa, o autuado trouxe ao processo documentos que comprovam o recolhimento tempestivo de parte do ICMS devido por substituição tributária em relação a uma parte das notas fiscais acostadas ao processo. Para que não há cobrança de imposto em duplicidade, esses valores pagos tempestivamente pelo autuado devem ser excluídos da autuação, conforme a tabela abaixo:

DANFE Nº	DATA SAÍDA	DATA PGTO	VALOR ICMS-ST	FLS.
20784	07/12/09	04/12/09	R\$ 46,74	19/21
20986	09/12/09	08/12/09	R\$ 23,37	22/24
VALOR TOTAL A SER EXCLUÍDO DA AUTUAÇÃO			R\$ 70,11	----

Deduzindo o valor acima (R\$ 70,11) do débito cobrado no Auto de Infração (R\$ 5.700,00), a infração subsiste no montante de R\$ 5.629,89.

O pedido de dispensa de multa não pode ser apreciado por este órgão julgador de primeira instância, uma vez que a competência para tanto é da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99. Caso seja do interesse do autuado, ele poderá requerer à Câmara Superior tal dispensa, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas as formalidades e condições ali previstas. No que concerne aos juros, inexistente previsão legal para a sua dispensa, conforme pretendido pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 5.629,89.

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 **124157.0787/09-8**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.629,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR