

A. I. Nº - 232278.0015/09-7
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06. 12. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0368-01/10

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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 05/12/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$18.810,00, acrescido da multa de 60%, em razão de o sujeito passivo ter deixado de efetuar a retenção do imposto referente à substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Na “Descrição dos Fatos” é informado que se refere à falta de pagamento do ICMS normal referente aos DANFES de nºs 20.735, 20.728, 20.734, 20.763, 20.729, 20.730 e 20.731, sem autorização da COPEC.

Consta o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 110526.0088/09-1 às fls. 05 e 06.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 20 a 22, 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. 30 a 50.

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 devidamente recolhido quando das saídas das mercadorias.

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.

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 fé, sempre procurando registrar e declarar adequadamente seus débitos

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 52 a 56, ressaltando que a autuação decorreu da constatação de que a mercadoria (álcool carburante) foi despachado com a devida substituição do ICMS, porém sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, conforme determina o art. 515-B do RICMS/BA, combinado com o Protocolo nº 17/04.

Salienta que a legislação que trata do recolhimento do ICMS referente às operações com álcool etílico hidratado carburante (AEHC) é clara quando enuncia as regras a serem seguidas pelos contribuintes, sendo que o art. 515-B do RICMS/BA determina o recolhimento antecipado do ICMS relativo às operações próprias, no momento da saída do produto, enquanto que o seu inciso II estabelece que quando no trânsito a mercadoria seja 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 que a autuação seja julgada totalmente procedente.

VOTO

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 de apreensão de 50.000 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 232267.0024/09-1, acostado às fls. 05/06, foi lavrado para materializar a constatação da irregularidade apurada nos DANFES, isto é, a “FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS NORMAL REFERENTE AOS DANFES 20.735, 20.728, 20.734, 20.763, 20.729, 20.730 e 20.731, SEM AUTORIZAÇÃO DA COPEC.”

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 dos documentos que constituam prova material de infração.

Por sua vez, o art. 41, inciso I do RPAF/BA, determina que o Auto de Infração se fará 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 PAGAMENTO DO ICMS NORMAL REFERENTE AOS DANFES 20.735, 20.728, 20.734, 20.763, 20.729, 20.730 e 20.731, SEM AUTORIZAÇÃO DA COPEC.”

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 NORMAIS 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 defesa.

Ressalto que as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes 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, em conformidade com os comprovantes de arrecadação e com os DANFES, que anexou às fls. 30 a 50. 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. Desta forma, 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 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 quando 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.

Constato 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, 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 para a sua exclusão.

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 e 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 **232278.0015/09-7**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.810,00**, 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, 26 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR