

A. I. N ° - 124157.0847/10-4
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 28.12.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0386-02/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou em notas fiscais o ICMS da operação própria e não realizou o recolhimento no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo às saídas internas de AEHC - álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída da mercadoria. Infração caracterizada, com a redução do débito por erro na sua apuração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 07/04/2010, para exigir ICMS no valor de R\$5.700,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Consta na descrição dos fatos: “*Falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária da operação própria referente aos DANFES nº 2510 e 2511 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente à 15.000 lts de Alcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA, de acordo com Decreto nº 6.284/97.*”

O sujeito passivo apresenta defesa às fls.17 a 19, dizendo que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária, expressa seu entendimento de que a acusação fiscal é de que não realizou o recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária.

Aduz que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração, isto porque o AI se refere tão somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, e o Fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto o quanto devido a título de ICMS Substituição, bem como o quanto devido a título de ICMS principal.

Sustenta que foi constatada falta de retenção do tributo devido a título de substituição, porém, que o mesmo foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo de sua parte, e que a fiscalização deixou de incluir na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, uma vez que simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo.

Invoca o artigo 159, § 1º, inciso II e/ou III, do RPAF/99, para argüir a falta de infração, requer a exclusão da multa e dos juros imputados, tendo e

que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Ao final, requer que o Auto de Infração impugnado seja julgado IMPROCEDENTE.

O autuante presta sua informação fiscal às fls. 104 a 107, esclarecendo que o autuado efetuou operação de venda interna de produtos tributados pelo ICMS referente aos DANFES que acobertavam o trânsito de 15.0000 litros de Álcool Hidratado, destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia, e descumpriu exigência da Legislação pertinente, pelo fato de nesta data, encontrar-se na condição de Descredenciado junto à COPEC/SEFAZ (fl.06), e deixar de efetuar tempestivamente, o recolhimento do ICMS devido pela operação, conforme artigos 126 e 515-B, do RICMS/97, que foram transcritos.

Diz que o texto regulamentar é claro, e não deixa dúvidas quanto a sua aplicação nos casos de vendas internas de Álcool Hidratado a granel, ou seja, que é obrigatório para o contribuinte DESCREDENCIADO (sem autorização da COPEC) a emissão de nota fiscal e o respectivo comprovante de pagamento do ICMS (DAE) quitado, que deverá acompanhar a mercadoria no momento da circulação, cujo valor será determinado conforme inciso I do artigo 518-B, do RICMS/97.

Explica que o imposto encontra-se devidamente demonstrado na Memória de Cálculo colacionada à folha 108 do presente processo, que está em consonância com o Demonstrativo de Débito constante do respectivo PAF (folha 02), tomando por base a Pauta Fiscal contida na IN nº 29/2009, extraída da internet no site www.sefaz.ba.gov.br (folha 110 do PAF).

Quanto a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, o preposto fiscal transcreveu os artigos 911 e 915, do RICMS/97, para mostrar o percentual aplicado e que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário.

Concluindo, ressalta que o estabelecimento autuado encontrava-se, e ainda encontra-se, Descredenciado (fl.07) para recolher o imposto no mês subsequente, condição que não lhe permite emitir notas fiscais de Álcool Hidratado para circulação interna sem o respectivo comprovante de pagamento do ICMS (DAE) da operação própria e da substituição tributária, e pede a manutenção de sua ação fiscal pela procedência da autuação.

O sujeito passivo foi intimado a conhecer a informação fiscal e os novos elementos juntados aos autos, conforme intimação à fl.113, vindo a se manifestar às fls.115 a 121, nos seguintes termos.

Reitera seu entendimento de que a autuação concerne à falta de recolhimento do ICMS decorrente de substituição tributária por antecipação, calculado sobre a base de cálculo de R\$30.000,00, resultante a aplicação da pauta fiscal de R\$2,00 sobre a quantidade de 15.000 litros do produto objeto da autuação, prevista na Instrução Normativa nº 29/2009.

Afirma que o ICMS-ST foi devidamente recolhido no momento da saída da mercadoria, tendo juntado para comprovar esta alegação, cópias dos respectivos DAE's às fls.22, e 24.

Reafirma que a exigência fiscal se refere à falta de retenção do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária quando da lavratura do Auto de Infração, e não ao ICMS próprio.

Observa que a fiscalização levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto devido a título de ICMS Substituição bem como o quanto devido a título de ICMS próprio, o valor cheio da Pauta Fiscal sem a dedução do ICMS próprio.

Sustenta que não houve qualquer erro na base de cálculo, pois seguiu o entendimento da SEFAZ, e não foi incluído o desconto condicional na base de cálculo do imposto, afirmando que recolheu o ICMS-ST com base no cálculo do valor constante da Pauta Fiscal menos o valor do ICMS próprio, e não com base no valor cheio da Pauta Fiscal.

Quanto ao descredenciamento para recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao da saída da mercadoria, frisa que dita autorização é infralegal, porquanto é decorrente de uma previsão regulamentar, concluindo que é arbitrária e sem qualquer respaldo jurídico.

Invocou os artigos 28 e 29 da Lei-Complementar nº 87/96 e o artigo 114 do RICMS/97, para argumentar a desnecessidade de obtenção de autorização da COPEC para recolhimento do tributo no mês subsequente ao da saída do produto, em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Contesta a utilização da pauta fiscal contida na IN nº 29/2009 para obtenção da base de cálculo, dizendo que esta não reflete a realidade do mercado, ou seja, não reflete o preço de mercado praticado e o valor real da mercadoria. Diz que o Supremo Tribunal de Federal já pacificou o entendimento por meio da Súmula nº 431, a qual, estabelece que “é ilegal a cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Concluindo, pede a improcedência da autuação.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado no trânsito da mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, cuja infração imputada no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Consta na descrição que o fato que ensejou a autuação foi: *“Falta de comprovante de ICMS por antecipação tributária, referente aos DANFES nº 2167/2176 e 2178 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente às 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA, de acordo Decreto nº 6.284/97.”*

Pelo que se vê, a irregularidade imputada ao contribuinte diz respeito à do recolhimento do ICMS por antecipação tributária da operação própria, e a consequente falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante através dos DANFES nº 2167, 2176 e 2178 que acobertaram o trânsito da mercadoria.

Além disso, na informação fiscal às fls.74 a 77, o preposto fiscal esclareceu que a exigência fiscal se trata da falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria, conforme exige o artigo 126, do RICMS/97, tendo juntado à fl.78 a Memória de Cálculo do imposto lançado no Auto de Infração.

Verifico que este fato não causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, pois o sujeito passivo tomou ciência dessa informação, conforme intimação à fl.82, inclusive o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao valor do ICMS da operação própria, que deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, haja vista que o contribuinte não comprovou que possuía autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em outro prazo. Se correto este valor, o mesmo será objeto de apreciação por ocasião do mérito da autuação.

Ao defender-se o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação. Por consequência os argumentos trazidos pela defesa de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, repito, este não foi o motivo da autuação, conforme demonstrado acima, o que foi autuado foi o ICMS Normal referente à operação própria.

Quanto a exigência fiscal, de acordo com o inciso II do artigo 515-B, do RICMS/97, “o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel será recolhido no momento da saída das mercadorias”. O inciso I do citado dispositivo regulamentar determina que a base de cálculo do imposto devido é o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior.

Não existe na legislação tributária do Estado da Bahia pauta fiscal
cálculo da operação própria para o AEHC, mas tão-somente a In:

alterada pela Instrução Normativa nº 04 de 27/02/2009, no caso de antecipação parcial do referido produto.

Portanto, de acordo com o artigo 515-B do RICMS/97, a base de cálculo é o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior. Quanto ao valor lançado no demonstrativo de débito à fl.02, verifico que o mesmo está correto, haja vista que foi utilizado o valor de R\$ 2,00 que corresponde ao Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) estabelecido no Ato COTEPE nº 10, de 07 de outubro de 2010, que disciplina as regras dos Convênios ICMS nº 138/06 e 110/07.

Para melhor visualizar a forma como foi calculada a base de cálculo, vale analisar o demonstrativo abaixo:

Nº	(LTS)	VL. OPERAÇÃO	ICMS NORMAL
2167	5.000	9.815,00	1.864,85
2176	5.000	9.815,00	1.864,85
2178	5.000	9.815,00	1.864,85
TOTAIS	15.000	29.445,00	5.594,55

Desta forma, considerando que o valor calculado com base no PMPF foi maior do que o valor da operação, não houve equívoco no cálculo do débito, uma vez o valor correto, consoante a legislação acima citada é exatamente o valor de R\$5.700,00, que foi lançado no demonstrativo de débito, valor esse, calculado sobre a base de cálculo no total de R\$30.000,00, com base no PMPF de R\$ 2,00 estabelecido no Ato COTEPE 7/2010, por sido maior que o valor da operação.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que está prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Conforme ressaltado nos diversos julgamentos ocorridos no âmbito deste Colegiado, se o contribuinte tivesse realmente interesse de quitar o débito sem a multa e sem os acréscimos moratórios, teria utilizado do benefício da recente Lei nº 11.908, de 04 de maio de 2010, a qual dispensou o pagamento de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICMS e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2009, inclusive com cobrança ajuizada, desde que o interesse fosse formalizado pelo contribuinte até 25 de maio de 2010, entretanto, não consta nos autos que assim tenha procedido o impugnante.

No tocante às questões de ilegalidade nos atos normativos argüidas na defesa, deixo de apreciá-las por não se incluir na competência do órgão julgador na esfera administrativa (art.167, I, do RPAF/99).

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que o autuante na condição de preposto fiscal na fiscalização de mercadorias em trânsito agiu de forma correta, visto que efetivamente o documento fiscal mencionado acima, deveria estar acompanhado do comprovante de recolhimento do ICMS correspondente à operação própria do estabelecimento, conforme determina o art.515-B, do RICMS/97, não possuindo credenciamento para efetuar o recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº 124157.0847/10-4, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.700,00**, 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, 17 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR