

A. I. Nº - 124157.0850/10-5
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJJ Nº 0151-01/11

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 09/04/10, exige ICMS, no valor de R\$ 9.500,00, 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 de *Falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária da operação própria referente aos DANFES nºs 2515/2517/2513 e 2516 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente a 25.000 lts de Álcool Hidratado.*”

O autuado apresenta defesa (fls. 19 a 21), na qual afirma que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que foi recolhido o ICMS devido a título de substituição tributária, conforme discriminado nas notas fiscais e nos documentos de arrecadação em anexo (fls. 22 a 41).

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 tributária 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 autuado solicita que, caso a autuação seja mantida, a multa e os juros indicados no Auto de Infração sejam excluídos, tendo em vista a sua boa-fé.

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

Às fls. 124, 125 e 130, foram acostados ao processo, respectivamente, uma relação de distribuidoras sem autorização da COPEC, uma relação com valores de pauta fiscal e uma memória de cálculo do imposto que está sendo cobrado.

O autuante, na informação fiscal de fls. 126 a 129, explica que o autuado, ao efetuar a saída de 25.000 litros de álcool hidratado sem o recolhimento do ICMS devido pela operação própria, descumpriu o previsto na legislação tributária estadual, uma vez que estava descredenciado junto à COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis).

Após transcrever dispositivos regulamentares referentes aos artigos 126 e 512-B do RICMS-BA, o autuante afirma que o texto regulamentar, de forma clara, obriga os contribuintes não credenciados pela COPEC a efetuar o recolhimento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Sugere que, para melhor esclarecimento, seja consultada a memória de cálculo acostada à fl. 130 dos autos, que diz ter sido elaborada com base em valor previsto na Instrução Normativa 29/09.

Reitera que o autuado estava, como ainda está, descredenciado pela COPEC para efetuar o recolhimento do imposto no mês subsequente e, dessa forma, a circulação do álcool hidratado deveria ter sido feita acompanhada do comprovante de recolhimento do ICMS da operação própria e da substituição tributária.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Em 15 de setembro de 2010, o autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal e dos novos documentos acostados ao processo, tendo sido concedido ao contribuinte o prazo de dez dias para pronunciamento (fls. 133 e 134).

Em 22 de setembro de 2010, foi acostada ao processo a petição de fls. 136 a 144, intitulada de “Recurso Voluntário” interposto em face do Acórdão JJF Nº 0253-04/10, que julgara procedente o Auto de Infração nº 232608.1204/09-8.

O processo foi apreciado em pauta suplementar, fl. 234, tendo a 1ª JJF decidido convertê-lo em diligência à Coordenação Administrativa do CONSEF, tendo em vista que a petição de fls. 136 a 144 era referente a outro processo administrativo fiscal e, portanto, deveria ser desentranhada do presente PAF. Também foi solicitado que, caso o autuado tivesse se pronunciado acerca da informação fiscal, esse pronunciamento fosse acostado ao processo.

No atendimento da diligência, a petição que se encontrava às fls. 136 a 144 foi desentranhada dos autos, conforme Termo de Desentranhamento à fl. 235, bem como foi acostado ao processo o pronunciamento do autuado acerca do resultado da informação fiscal (fls. 237 a 243).

Nesse pronunciamento, o autuado sustenta que a autuação não procede, pois o ICMS-ST (ICMS devido por substituição tributária) foi recolhido no momento da saída das mercadorias, como atestam os comprovantes, as notas fiscais e os DAEs já acostados ao processo.

Assevera que a fiscalização errou na apuração do imposto devido a título de substituição e, por esse motivo, o autuante entendeu que tinha havido falta de recolhimento de ICMS-ST. Frisa que o presente lançamento se refere apenas à falta de recolhimento do ICMS-ST. Destaca que o autuante levou em consideração, para a fixação da base de cálculo do imposto, o quanto devido por substituição tributária e a título de ICMS próprio, uma vez que utilizou o valor cheio da pauta fiscal, sem a dedução do ICMS próprio.

Afirma que apurou corretamente a base de cálculo do ICMS-ST, segundo o entendimento da SEFAZ que determina a não inclusão de desconto incondicional na base de cálculo, o que frisa não ser possível fazer, uma vez que o próprio software disponibilizado pela SEFAZ impede que a inclusão do aludido desconto seja feita. Diz que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor constante na pauta fiscal (R\$ 2,00 por litro) e o valor de seu ICMS próprio, sem o cálculo do desconto incondicional, concedido aos postos de combustíveis.

Assevera que a exigência de autorização da COPEC para recolher o ICMS-ST no mês subsequente ao da saída das mercadorias, razão pela qual deveria apresentar a nota fiscal e o respectivo DAE quando da circulação das mercadorias, não é razoável, pois decorre de uma previsão regulamentar, ou seja, infralegal. Arbitraria e sem respaldo jurídico. Diz que essa exigência antecipada do imposto, sem que se efetue o encontro dos débitos e créditos no final do mês, viola o princípio da não cumulatividade do ICMS. Frisa que uma norma infralegal (prevista no RICMS-BA) jamais poderia tolher um direito do contribuinte previsto em lei e no próprio RICMS-BA. Para embasar seus argumentos, transcreve o disposto nos artigos 28 e 29, da Lei nº 7.014/96, e 114, do RICMS-BA.

Destaca que a apuração da base de cálculo do ICMS-ST utilizando a na pauta fiscal contida na Instrução Normativa 29/2009 é ilegal e não reflete a realidade do mercado. Diz que deveria ter sido baseada em valores concretos, e não supostos e fictícios. Menciona que o álcool hidratado, na Bahia, à época dos fatos, jamais foi comercializado a R\$ 2,00 o litro nos postos de combustíveis. Aduz que Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 431, já estabeleceu que *é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*.

Ao concluir seu pronunciamento, o autuado protesta pelo reconhecimento da ausência de qualquer infração à lei ou ao regulamento do ICMS.

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”*. Dessa forma, foi exigido o imposto correspondente, acompanhado da 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 pelo responsável em decorrência de substituição tributária será pago no momento da saída da mercadoria. O disposto no parágrafo único desse artigo 126 admite que o ICMS em comento seja recolhido até o dia 15 do mês 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. 124, ele estava obrigado a para efetuar o pagamento do ICMS devido por substituição tributária no momento da operação de saída.

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 pode prosperar, pois o imposto foi calculado corretamente pelo autuante. Observo que o preço do litro do álcool empregado pelo preposto fiscal (R\$ 2,00) é exatamente o mesmo preço 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 esse pagamento e ainda deduzisse, como crédito fiscal 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 7014/96 expressamente prevê tal hipótese e, ao 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 que 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 combustível (AEHC) e de álcool a 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 haja 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.
2515	07/04/10	07/04/10	R\$ 70,30	27/31
2517	07/04/10	07/04/10	R\$ 35,15	37/41
2513	07/04/10	07/04/10	R\$ 35,15	22/26
2516	07/04/10	07/04/10	R\$ 35,15	32/36
VALOR TOTAL A SER EXCLUÍDO DA AUTUAÇÃO			R\$ 175,75	----

Deduzindo o valor acima (R\$ 175,75) do débito cobrado no Auto de Infração (R\$ 9.500,00), a infração subsiste parcialmente no montante de R\$ 9.324,25.

O pedido de dispensa de multa não pode ser acatado, uma vez que tal matéria, por ser referente a descumprimento de obrigação principal, é da competência exclusiva 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 a referida dispensa, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas as formalidades e condições ali previstas. No que tange à solicitação de dispensa de juros, por falta de previsão legal também não há como acolher o pleito defensivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 9.324,25.

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 **124157.0850/10-5**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.324,25**, 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, 23 de maio de 2011

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR