

A. I. N° - 206960.0011/11-7

AUTUADO - GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.

AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA

ORIGEM - SAT/COPEC

INTERNET - 11.09.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0206-02/12**

**EMENTA:** ICMS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE COMBUSTÍVEIS A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO A MENOS. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE - AEHC. FALTA DE INCLUSÃO DA MVA DE 31,69 NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO NORMAL, O QUE RESULTOU NA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado que o autuado incorreu na irregularidade apontada na autuação, pois deixou de incluir na base de cálculo do ICMS normal a MVA citada, agindo em desconformidade com o disposto no artigo 512-B do RICMS/BA. Revisão feita pelos autuantes reduz o débito apurado. Não acolhidas as nulidades suscitadas pelo patrono do autuado, e não acatado o pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 26/05/2012, para exigir ICMS no valor de R\$510.251,37, referente aos meses de novembro e dezembro de 2010, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei n° 7.014/96, sob a acusação de: “Procedeu a retenção a menos do ICMS e, o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. Em complemento consta na descrição dos fatos: *ICMS-ST retido e recolhido a menor, em razão de erro na determinação da base de cálculo, em conformidade com a Alteração nº 140 do RICMS, com vigência a partir de 22/11/2010, e que determina, neste caso, a utilização da MVA de 31,69. Estão anexados a este Auto de Infração – A.I.: o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, o Anexo do Demonstrativo do A.I., a planilha de levantamento do débito tributário; cópias do Livro Registro de Saídas e demais documentos comprobatórios*

O autuado, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.83 89, preliminarmente requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com a devida repercussão nas certidões de regularidade fiscal.

Em seguida, argüiu vício da fundamentação da autuação, sob o argumento de que o Decreto 12.470/10 (Alteração nº 140 do RICMS), publicado no Diário Oficial de 23/11/2010, e que seus “efeitos majoradores” ... “não podem ser exigidos pelo fisco em relação a fatos geradores ocorridos ainda no exercício financeiro 2010, sob pena de afrontar o princípio da anterioridade de exercício financeiro”, ou seja, que a determinação da base de cálculo com a MVA de 31,69, representou verdadeira majoração de tributo, por entender que houve a modificação do cálculo através de MVA superior promovendo aumento no *quantum* da obrigação tributária principal. Transcreveu o artigo 150, inciso III, alínea “b” da CF/88.

Por conta de tais argumentos, requer seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Prosseguindo, o patrono do autuado, dizendo que a conclusão fiscal está baseada nos livros fiscais e demonstrativos escriturados e fornecidos pelo contribuinte, transcreveu o artigo 113 do

Código Tributário Nacional (CTN), para aduzir ilegalidade na multa aplicada, visto que, “a conduta da Gasforte é de quem, embora enfrentado problemas de caixa que vem impedindo o adimplemento tempestivo de alguns tributos, insiste em cumprir à risca seus deveres acessórios, em clara colaboração para com os interesses do fisco...” e que “a conduta ordeira do contribuinte e a harmonia do seu comportamento diante da legislação posta revelam sua boa fé”, e requer “que sejam atenuadas as multas impostas para, no máximo, 20%, sob pena de adentramento no território do confisco...”. Transcreve posicionamento de Ministro do STF sobre esta questão.

Concluindo, requer:

- “a) *Suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário;*
- “b) *Concessão de certidão positiva com efeito de negativa alusiva ao suposto crédito tributário enquanto perdurar a discussão a administrativa;*
- “c) *Reconhecimento da total improcedência do AI.”*
- “d) *E, caso não seja reconhecida a improcedência do AI, reconhecimento do excesso confiscatório das multas aplicadas e reforma do AI, impondo correção no sentido de realinhar a penalidade para 20%.*”

Na informação fiscal às fls. 94 a 96, os autuantes rebateram as razões da defesa nos seguintes termos.

Em relação ao pleito do autuado para que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, argumentam que é descabida tal pretensão, pois todos os processos percorrem o trâmite normal previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, e será analisado e julgado pelo CONSEF, nas duas instâncias julgadoras, podendo também ser analisado pela PROFIS, quando ocorrem dúvidas a serem dirimidas sobre a interpretação das leis tributárias vigentes.

Consideraram o segundo argumento desprovido de fundamentação legal, visto que o Decreto 12.470/10 (Alteração nº 140 do RICMS) não altera a alíquota do imposto incidente nas operações de saídas do produto AEHC. Dizem que a alíquota continua sendo 19% (17% do ICMS e 2% do Adicional de Pobreza), e o que o referido decreto determina é qual a base de cálculo deve prevalecer para o efetivo cálculo do ICMS-ST a ser retido e recolhido nas operações de saídas do produto AEHC.

Sustentam que a aplicação do Decreto dentro do exercício financeiro de 2010 é legal, porquanto não ocorreu alteração de alíquota incidente sobre o produto AEHC, mas, tão somente a determinação da base de cálculo a ser utilizada no cálculo do ICMS.

Se abstiveram de comentar a alegação defensiva de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, bem como, o pedido para a sua redução, por considerarem que trata-se de matéria da competência do CONSEF e/ou PROFIS.

Informam que, considerando o fato de que o Decreto 12.470/10 (Alteração nº 140 do RICMS) foi publicado no Diário Oficial de 23/11/2010, tendo a sua vigência nesta mesma data, retificaram o “Demonstrativo do ICMS-ST Retido e Recolhido a Menor” anexado as fls. 07 a 37 do PAF, excluindo do mesmo, os cálculos das diferenças do ICMS-ST a Recolher, referentes às Notas Fiscais de Saídas emitidas no dia 22/11/2010, resultando na diminuição do valor lançado no mês de novembro de 2010 para R\$81.010,96, o valor total do auto de infração para R\$498.933,82, conforme novo Demonstrativo do ICMS-ST Retido e Recolhido a Menor, anexado às fls. 97 a 113.

Finalizam pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.115, o autuado foi intimado para se manifestar sobre a informação fiscal, no endereço sito Rua Jerônimo Sodré, sala 02, 1º andar, Bairro Campo do América, Jequié/BA, porém, não foi localizado pelos Correios.

Por conta disso, conforme intimação e AR dos Correios, fls.118 a 119, o sócio Jeferson Luiz Veng (Gasforte Combustíveis e Derivados), localizado na Rua Alberto Potier, 51, apto. 24, Bloco 2B, Centro Curitiba/PR, CEP 82.560.480, foi cientificado da informação fiscal constante às fls.94 a 96, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente, saliento que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontra fundamentada em diplomas legais vigentes, e no demonstrativo e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, especialmente qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, inocorrendo, assim, quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

No tocante ao pedido para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, observo que, consoante o art. 151, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual considero que o pedido formulado pelo impugnante no sentido de que haja suspensão da exigibilidade do crédito tributário é desnecessário, pois já previsto em lei.

Igualmente, o pedido do patrono do autuado para que seja concedida positiva com efeito de negativa alusiva ao suposto crédito tributário enquanto perdurar a discussão administrativa, tal matéria deve obedecer ao que dispõe o artigo no artigo 105 do RPAF/99, não cabendo apreciação nesta instância de julgamento.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito a imputação de que o contribuinte autuado procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. Portanto, a lide diz respeito à retenção a menos do ICMS substituição tributária nas operações de saídas da mercadoria álcool etílico hidratado carburante.

Conforme estabelece o art. 512-A do RICMS-BA, as distribuidoras de combustíveis são responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com o AEHC, sendo a base de cálculo prevista no art. 512-B, do mesmo do mesmo RICMS/BA.

Considerando que a exigência fiscal se refere à retenção a menor do ICMS, verifica-se que o autuado deu cumprimento com a sua obrigação tributária neste sentido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, atendendo, assim, a determinação legal, conforme consignado nos documentos fiscais.

Porém, incorreu em equívoco ao efetuar o cálculo do ICMS-ST retido e recolhido, em virtude de erro na determinação da base de cálculo do ICMS normal, pois deixou de considerar a MVA de 31,69, prevista no Decreto nº 12.470/10 (Ato COTEPE 1 de 9/01/12).

Na defesa foi argüido pelo patrono do autuado que o presente lançamento contém vício da fundamentação da autuação, sob o argumento de que o Decreto 12.470/10 (Alteração nº 140 do RICMS), publicado no Diário Oficial de 23/11/2010, e que seus não podem ser exigidos pelo fisco em relação a fatos geradores ocorridos ainda no exercício financeiro 2010, sob pena de afrontar o princípio da anterioridade de exercício financeiro.

O princípio da anterioridade é exclusivamente tributário, uma vez que se projeta apenas no campo da tributação, seja ele federal, estadual ou municipal. Está delineado no artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal.

Conforme legislação citada, o princípio da anterioridade tributária disciplina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão proibidos de cobrar qualquer tributo no mesmo exercício financeiro, ou antes de noventa dias da data de publicação da lei que os institui ou os aumentou.

Ou seja, o princípio constitucional da anterioridade de exercício financeiro não permite majoração ou instituição de imposto no mesmo exercício financeiro no qual haja sido publicada a lei que os instituiu ou os aumentou. Além disso, o princípio da anterioridade mínima de 90 dias, proíbe que sejam cobrados tributos antes de decorridos 90 dias da data de publicação da lei que os instituiu ou aumentou.

No presente caso, pelos argumentos defensivos o patrono do autuado está se valendo de um dispositivo constitucional, para alegar a inaplicabilidade no mesmo exercício de norma editada pelo Governo do Estado da Bahia, qual seja, Decreto 12.470/10 (Alteração nº 140 do RICMS), publicado no Diário Oficial de 23/11/2010.

Assim, está argüindo inconstitucionalidade da norma que instituiu a aplicação da MVA na determinação da base de cálculo nas operações com Álcool Etílico Hidratado Carburante (AEHC).

Quanto aos aspectos constitucionais abordados, destacamos a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Quanto ao cálculo do débito, constato que o autuado não apontou qualquer equívoco nos números consignados no levantamento fiscal. Contudo, os autuantes analisando as disposições contidas no Decreto 12.470/10, constataram que a Alteração nº 140 do RICMS foi publicada no Diário Oficial de 23/11/2010, com a sua vigência nesta mesma data, retificaram o “Demonstrativo do ICMS-ST Retido e Recolhido a Menor” anexado as fls. 07 a 37 do PAF, excluindo do mesmo, os cálculos das diferenças do ICMS-ST a Recolher, referentes as Notas Fiscais de Saídas emitidas no dia 22/11/2010, resultando na diminuição do valor lançado no mês de novembro de 2010 para R\$81.010,96, o valor total do auto de infração para R\$498.933,82, conforme novo Demonstrativo do ICMS-ST Retido e Recolhido a Menor, anexado às fls. 97 a 113.

Acolho a referida conclusão, por está em perfeita conformidade com a legislação tributária, além do fato de que o autuado foi cientificado da informação fiscal e novo demonstrativo a ela anexado, conforme intimação e AR dos Correios, fls.118 a 119, porém, no prazo estipulado não se manifestou, caracterizando aceitação tácita das conclusões dos autuantes, aplicando o disposto no artigo 140 do RPAF.

Diante disto, considero parcialmente subsistente a infração.

Quanto ao pedido de redução, de 20%, da multa pelo descumprimento de obrigação principal neste processo, não pode ser acolhido, pois a multa aplicada na infração está prevista no dispositivo legal mencionado, qual seja, artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, não competindo a esse órgão julgador nesta instância de julgamento, a prerrogativa para a sua redução, a teor do que dispõe no art. 42, § 8º da Lei 7014/96, regulamentado pelo art. 159 do RPAF/BA, sendo que tal pedido poderá ser requerido à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$498.933,82, ficando o demonstrativo de débito alterado conforme abaixo:

#### DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito
30/11/2010	09/12/2010	426.373,47	19	60	81.010,96
31/12/2010	09/01/2010	2.199.594,00	19	60	417.922,86
TOTAL					498.933,82

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206960.0011/11-7, lavrado contra **GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$498.933,82, 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, 30 de agosto de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR