

A. I. N° - 206983.0005/15-1
AUTUADO - ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/06/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0070-01/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADOS A MENOS. OPERAÇÕES COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL (AEHC). No período da autuação, contribuinte autuado, como distribuidor de combustível, era responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes do AEHC; responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS normal, relativo à sua operação de venda, e do ICMS substituto, inerente às operações subsequentes. Foram efetuados ajustes na composição do débito, com a exclusão das operações com CFOP 5663 e CFOP 5949. Não acatadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 23.03.2016 para exigir ICMS, no valor histórico total de R\$914.512,06, em face das imputações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta ainda que *"O cálculo foi efetuado com base nos valores do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas, tendo em vista de diversas NFEs não foram registradas na EFD, deduzindo as antecipações tributárias recolhidas e os créditos lançado na EFD"*. Período maio a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012. Valor R\$810.302,30. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período maio a outubro e dezembro de 2011; janeiro, março, abril a julho, setembro a dezembro de 2012. Valor R\$104.209,76. Multa de 60%.

O contribuinte ingressou com impugnação administrativa em 14/07/14, em petição subscrita por advogado com procuração nos autos (doc. fls. 58/90).

Observa a tempestividade das suas alegações; descreve os fatos havidos e a legislação que incide na espécie; pede a anulação dos autos, tendo em vista a ausência de documento imprescindível que permita a identificação da conduta realizada pelo contribuinte em favor da inteligência legal exposta pelo fisco regulador.

Diz que se trata de exigência prevista no artigo 5º, LIV, da Carta Constitucional; art. 39, III do RPAF BA; que a autoridade fiscalizadora limitou-se tão somente a arrestar os dispositivos que inclusive foram trasladados no tópico III, desta impugnação, entretanto, os dispositivos citados trazem consigo mais de uma dezena de hipóteses entre as de incidência e os fatos geradores, sendo que nenhuma é apontada diretamente por aquele.

Argumenta que quando o Agente Fiscal não individualiza, sob qual hipótese ocorreu o “suposto”

ilícito, torna-se impossível ao imputado tecer suas teses de defesa, já que nem sequer sabe claramente o que lhe é imputado.

Aduz que as planilhas de débito apontam vários documentos fiscais como fonte dos valores exigidos, todavia, equivocam-se em não juntar aos autos os respectivos documentos fiscais que lhe conduziram o entendimento e que materializa as suas proposições.

Discorre sobre o ônus da prova, nos termos do art. 373, I, do NCPC, aplicação sob chancela do artigo 15 do mesmo dispositivo de normas. Frisa que o auto de infração tem natureza jurídica de lançamento de ofício, conforme se conclui da exegese do artigo 147 do CTN; sendo um lançamento genérico, sem apontar a hipótese de incidência que fora gênese do fato gerador do tributo autuado, torna flagrantemente viciado o auto e, nesse sentido, o legislador estadual cunhou no Decreto nº 7.629/1999 que regulou o PAF, o artigo 18, IV, “a”, tornando nulo lançamento de ofício, quando lhe faltar elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Requer com base em tais pressupostos, o cancelamento do Auto de Infração.

No mérito, diz sobre a lisura das operações que realizou que todos os documentos fiscais foram perfeitamente emitidos, o que de fato ocorreu foi que ao gerar a EFD o sistema de informática que automatiza esse expediente não computou os aludidos documentos fiscais.

Aduz que o fato narrado demonstra a ausência do elemento volitivo que materializaria a intenção de não computar os débitos de ICMS, considerando a confiança que o contribuinte tinha no sistema eletrônico que ordinariamente sempre fez o agrupamento das notas emitidas dentro do mês, porém, nesse momento, falhou.

Admite que ao ser alertado do problema, de forma imediata, autorizou aos responsáveis por sua escrituração que procedessem a competente retificação das apurações (protocolou requerimento), o que o fez, antes mesmo da lavratura do presente Auto de Infração.

Diz que após autorizado o pedido retificação (até a presente data não foi apreciado) das apurações relativas aos períodos fiscalizados, irá apurar os débitos relativos aos documentos fiscais que restaram ausentes das escriturações, fazendo respectivos recolhimentos e não restará qualquer dano ao erário. Pede o cancelamento do Auto de Infração.

Questiona que dos demonstrativos juntados pela fiscalização, notou que foi aplicado o destaque integral a alíquota de ICMS sobre o produto elencado nos documentos fiscais, sem consignar o valor recolhido na operação anterior, procedimento em conflito com o artigo 155, §2º, I, da Carta Política de 1988, considerando que os tributos não terão natureza cumulativa, e por esta razão o agente estatal extrapolou o texto maior e eivou seus atos de flagrante inconstitucionalidade.

Diz que os créditos tributários relativos ao ICMS adimplidos na operação pretérita devem ser compensados com os gerados na operação própria, dado que ao final reste apenas a diferença a recolher. Postulado que tem o condão de empregar a racionalidade do sistema tributário de modo a não permitir que haja a aplicação da tributação com o efeito cascata.

Aduz que o ICMS é um tributo indireto, que ao final da cadeia será suportado pelo consumidor final; que a Lei Complementar nº 87/1997 observou tal postulado da não cumulatividade, no artigo 19 da referida norma, de modo a obrigar toda a legislação inferior.

Deduz que a liquidação dos valores acostados ao Auto de Infração deveria necessariamente constar os créditos das operações anteriores de modo a manter-se em alinhamento com referido preceito constitucional. Pede o cancelamento do Auto de Infração com a remessa para arquivo.

Assinala também que todas as notas fiscais eram relativas às operações com venda de AEHC (Álcool Etílico Hidratado Combustível) com NCM 2207.10.00, adquirido dentro do estado da Bahia, sendo um produto sujeito a substituição tributária. Conforme o Convênio ICMS 110/2007, o

responsável por arrecadar a operação própria é o estabelecimento industrial.

Diz que não houve prejuízo ao erário; que o texto constitucional destaca regime da substituição, nos termos do artigo 150, §7º; a LC nº 87/1996 (art. 6º); que a competência tributária para a instituição da antecipação foi delegada aos estados nas operações internas e interestaduais, ou através de convênios na segunda hipótese.

Transcreve cláusulas do Convenio ICMS 110/2007, destacando que, no caso em debate, o item apontado pelo agente do fisco era combustível, mercadoria do rol de produtos substitutos tributários por flagrante disposição legal; o combustível AEHC é item da substituição tributária, razão pela qual obviamente tiveram o ICMS recolhido na operação anterior.

Reitera não ter o erário experimentado nenhum prejuízo, pois o ICMS da operação própria do impugnante foi recolhido na operação anterior pelo estabelecimento industrial. Pede seja cancelado o Auto de Infração por amparo ao melhor direito.

Reclama ainda que houve erro na apuração do imposto devido; alega que, dentre os vários documentos fiscais. Inúmeras vezes foram apontados como fato gerador do ICMS, notas fiscais com CFOP número 5663 (remessa para armazenagem de combustível ou lubrificante) que, conforme classificação do fisco, é código próprio para operações de remessa para armazenagem.

Diz que também constam nas apurações destaque de ICMS advindos de documentos fiscais tombados sob o CFOP 5949 que de acordo com a mesma fonte apontada no transladado referencial acima é relativo a operações não classificadas nos códigos anteriores, é que não necessariamente ensejam o destaque do tributo estadual.

Discrimina os documentos fiscais equivocadamente referenciados na apuração do imposto, totalizando R\$2.038.339,21, de base de cálculo e o total do imposto R\$387.284,45.

Assinala que tal operação não é classificada em nenhuma hipótese de fato gerador do ICMS, dado que não há transferência de propriedade da mercadoria, requisito essencial para incidência do tributo em debate. Cita a doutrina de Hugo de Brito e jurisprudência sobre o tema. Diz que mesmo a legislação (artigo 6º, VI, “a” e “b” do Decreto nº 6.824/1997) aponta serem as remessa com destino ao armazém hipótese de não incidência do aludido imposto:

Deduz que as notas fiscais com a CFOP 5663 e 5949 jamais poderiam ser computadas para cálculo de crédito do ICMS, visto que as citadas operações não configuram fato gerador do imposto, devendo ser referido Auto de Infração cancelado de plano.

Pede revisão do Auto de Infração.

A Informação Fiscal é prestada (fls. 425/428) por Auditor Fiscal designado para esse feito. Sintetiza os fatos alcançados pela fiscalização, as razões de defesa, firmando que no Auto de Infração não se verifica nenhuma “ausência de documento imprescindível”, que justificasse a sua anulação. Diz que o Auto contempla todos os requisitos previstos nos incisos e alíneas dos Artigos 39 e 41 do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto nº 7.629/99.

Explica que o fato efetivamente constatado foi a falta de registro de diversas notas fiscais de entradas na EFD – Escrita Fiscal Digital, conforme reconheceu a requerente em sua defesa e cuja relação foi enviada para a empresa e gravada no CD anexado a esta Informação Fiscal. Aduz que, até a data da lavratura do Auto de Infração, a empresa não apresentou retificação da EFD e a inclusão das NFE,s constantes na citada relação.

Observa que não está em discussão a ausência ou presença do “animus” da requerente pela falta de registros de NFE,s (Notas Fiscais Eletrônicas) na sua EFD, mas, sim, a falta de registro na EFD de inúmeras notas fiscais de entradas, o que levou o Auditor Fiscal autuante a fazer o levantamento do débito tributário através das NFE,s de Saídas.

Contesta a alegação defensiva que desprezou os “créditos advindos das operações pretéritas”. Diz

que na planilha de levantamento (fls. 17/47 do PAF) consta o campo “CRÉDITO ENTRADA (EFD)”, que corresponde aos valores de créditos de entradas das notas fiscais registradas na EFD, e que foram abatidos dos totais mensais dos débitos. Sobre a planilha apresentada (fls. 147 a 152 do PAF) observou que todas as notas fiscais de entradas relacionadas na referida planilha não estão registradas na EFD.

Deduz que tais créditos não poderiam ter sido aproveitados, uma vez que as respectivas notas fiscais não constavam na sua EFD – Escrita Fiscal Digital. Concluiu que as alegações defensivas são descabidas e improcedentes.

Quanto ao terceiro ponto da defesa, afirma que houve prejuízo para o erário público, o que buscou determinar quando da elaboração do levantamento do débito tributário que resultou no presente Auto de Infração.

No quarto ponto de defesa, o contribuinte autuado, admite que ocorreu, na inclusão indevida no levantamento “DEMONSTRATIVO DO ICMS PRÓPRIO E CÁLCULO CORRETO ICMS/ST CALCULADO A MENOR”, de várias notas fiscais com CFOP 5663 – “Remessa para armazenagem de combustível ou lubrificante” -, e também várias notas fiscais com o CFOP 5949 – “Outra saída de mercadorias ou prestação de serviço não especificado”. Nesse ponto, diz que a alegação do contribuinte é procedente.

Elabora uma nova planilha com a exclusão de tais operações e reduz o débito tributário para o valor de R\$354.549,48. Com relação ao débito tributário referente ao ICMS-ST continua o mesmo valor de R\$104.209,76. Foi elaborado um novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração perfazendo o total de R\$ 458.759,24 às fls. 429/430 (sintético) e analítico (fls. 431/452).

Nova manifestação da defesa (fls. 461/463). Pede que as intimações sejam feitas diretamente ao contribuinte autuado e não aos seus patronos, sob pena de nulidade.

Discorda dos termos, teses e fundamentos da autuação.

Diz que o Auditor Fiscal não foi diligente na produção da sua peça de lançamento tributário; não foi convincente em sentido contrário à defesa, de modo que remanesce a necessidade de anulação dos respectivos feitos, dado o dissenso existente em face o artigo 39 da Lei nº 7629/99.

Com relação ao descarte dos créditos nas operações de aquisição do combustível, restou evidente uma glosa flagrantemente ilegal, em homenagem a princípio da não cumulatividade do tributo em exação; Reclama que o Auditor, ao perseguir a imputação, deveria ter trazido a planilha os cálculos conjuntamente com os créditos das operações pretéritas.

Considerando a manifestação fiscal, aduz que não é crível que se impute ao contribuinte o recolhimento do ICMS em operações próprias, sendo tributado como substituído tributário, dado os itens em coleção estarem dispostos todos hoje na lista CEST, mas, naquele tempo, ao anexo do regulamento que trata as mercadorias ST.

Explica que, no tempo da aquisição, inclusive até a presente data, os produtos destacados e comercializados são indubitavelmente passíveis a substituição tributária, desta forma o bem protegido neste caso, o erário, nada sofreu, pois na operação de aquisição o estabelecimento industrial já havia recolhido o ICMS devido na condição de substituto tributário.

Diz que sua impugnação atacava o fato de a fiscalização ter se pautado em documentos fiscais que não traduziam fato gerador do ICMS para apurar a possível autuação fiscal.

Concluiu pela improcedência da ação fiscal.

Em nova Informação, o Auditor Fiscal (fls. 467/468), diz que o contribuinte autuado não traz nenhum fato novo em sua manifestação; reitera os mesmos argumentos de sua defesa anterior. Diz que apresentou Informação fiscal refutando todas as alegações defensivas.

O autuado atravessa petição (Processo SIPRO 047033/2017-9) aduzindo atender intimação, requerendo que as intimações relativas ao presente PAF sejam enviadas para o endereço da empresa, sob pena de nulidade (fl. 475).

Em nova petição (fls. 477/488), o autuado, por meio do seu advogado, reitera os termos da sua defesa inaugural. Aduz a tempestividade das alegações; narra os fatos apurados; reitera o pedido de nulidade dos autos; alega a lisura das operações que realiza e reclama da ilegalidade pelo desprezo dos créditos inerentes à operação anterior, do princípio da não cumulatividade;

Destacando, no caso em debate, que o item apontado pelo agente do fisco é combustível, mercadoria disposta no rol de produtos substitutos tributários; No caso em tela, o combustível AEHC é um item da substituição tributária, razão pela qual obviamente tiveram o ICMS recolhido na operação anterior.

Diz ainda que o erário não experimentou nenhum prejuízo, pois o ICMS da operação própria do impugnante foi recolhido na operação anterior pelo estabelecimento industrial. Pede o cancelamento do Auto de Infração.

Aduz que houve erro na apuração do valor exigido (R\$387.284,85) e que as notas fiscais com a CFOP 5663 e 5949 jamais poderiam ser computadas para cálculo de crédito do ICMS, visto que as citadas operações não configuram fato gerador do imposto.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em razão de apuração das irregularidades apontadas, em face à legislação do imposto, que serão apreciadas nas linhas procedentes. Infrações que totalizaram R\$914.512,06.

Preliminarmente, o autuado pugna pelo cancelamento do Auto de Infração, sob o argumento que lhe falta documentos imprescindíveis que lhe permita identificar sua conduta contrária à inteligência legal exposta pelo Fisco; alega que é exigência prevista no artigo 5º, LIV, da Carta Constitucional e no art. 39, III do RPAF BA; que o Agente Fiscal não individualiza sob qual hipótese ocorreu o “suposto” ilícito, com cerceamento ao seu direito de defesa. Pede que as intimações relativas ao presente PAF sejam enviadas para o endereço da empresa, sob pena de nulidade.

Em face de tais pressupostos, rejeito o pedido de nulidade solicitado pelo contribuinte autuado, sob o juízo de que não possível identificar a infração que lhe estava sendo acusada ou que os dispositivos legais citados não individualiza a situação tributária alcançada pela fiscalização. Não houve, em absoluto qualquer ofensa ao conjunto de princípios que informam a garantia aos direitos do contribuinte, na apuração da verdade tributária. O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Além dos dispositivos legais manejados pelo Auditor Fiscal indicar a infração apurada, o art. 19 do já citado Regulamento de Processos Fiscais (Decreto nº 7.629/99) estabelece que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Corroborar tal entendimento o fato de que os demonstrativos fiscais que servem de suporte às exigências indicarem com clareza as infrações destacadas pela fiscalização e discriminação de cada operação, objeto da exigência tributária.

Quando ao pedido para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas para endereço que indica, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

No mérito, a primeira infração questiona o recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto (operação de vendas de álcool etílico hidratado combustível - AEHC), considerando a ausência do registro de notas fiscais de saída na Escrituração Fiscal Digital - EFD do autuado. Esclarece a Fiscalização que no cálculo dos débitos respectivos foram deduzidos a *antecipação tributária recolhida e os créditos lançado na EFD*.

Na segunda infração, a exigência recai no ICMS retido e recolhido a menor, decorrentes das mesmas operações, retro aludidas, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A exigência totalizou R\$810.302,30, no item 1, e R\$104.209,76 para o item 2. Os demonstrativos analíticos dos débitos encontram-se encartados nos autos, às fls. 17/47. Uma cópia em mídia CD foi repassada para o contribuinte autuado.

Impugnando a autuação, os argumentos do autuado estão centrados na lisura das operações que realiza, admitindo, contudo, o erro no seu sistema de informática que não computou os aludidos documentos fiscais. Alertado do problema, providenciou a devida retificação e aguarda autorização para efetuar os respectivos recolhimentos.

Reclama que os demonstrativos juntados pela fiscalização não consigna o valor recolhido na operação anterior; conflito com o princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, §2º, I, da CF88), considerando que o imposto exigido não tem natureza cumulativa, concluindo que o agente estatal extrapolou o texto maior e eivou seus atos de flagrante inconstitucionalidade.

O Auditor Fiscal designado para prestar Informação Fiscal explica que constatando a falta de registro de notas fiscais de entradas na EFD – Escrita Fiscal Digital, verificou a apuração do regular recolhimento do ICMS, através das NFE,s de saídas emitidas pelo autuado.

Examinando as peças do processo, constato que o direito não assiste ao contribuinte autuado. Pesa contra si a acusação da falta de recolhimento do imposto devido e a retenção a menor do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas de álcool hidratado combustível para contribuintes localizados neste Estado.

Cabível ressaltar, inicialmente, que as operações com AEHC, objeto do presente Auto de Infração, ocorreram no período de maio de 2011 a dezembro de 2012.

A legislação do Estado da Bahia estabelecia, no art. 8º, inciso III, da Lei nº 7.014/96, ao distribuidor de álcool carburante, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição tributária, devido nas operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Fundamentou-se o lançamento ainda nas disposições 512-B e seu § 1º-A, do RICMS/97, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, que estabelecia que nas operações com álcool hidratado combustível a base de cálculo do ICMS, devido a título de substituição tributária, seria o preço médio ponderado a consumidor (PMPF), estabelecido através de Ato COTEPE, se maior que a base cálculo decorrente da aplicação da MVA (margem de valor agregado) sobre o valor da operação

acrescido das parcelas de frete, seguro, tributos, contribuições e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário (Decreto nº 12.470/10).

O Auto de Infração foi exigido com base nas notas fiscais de saída emitidas pelo autuado, mês a mês; a partir da soma de tais operações, deduziu os créditos referentes às respectivas entradas, os valores antecipados sobre AEHC e encontrou os valores devidos.

No entanto, em face da Lei nº 12.605/12, desde 14 de dezembro de 2012, nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), o sujeito passivo por substituição deixou de ser a distribuidora de combustíveis. Agora fica responsável pela retenção e recolhimento do ICMS o remetente situado em outra unidade da federação. E o dispositivo legal (Lei nº 7014/96, art. 8º, inciso III) corrobora o entendimento pela aplicação da cláusula primeira do Convênio ICMS 110/07, que autoriza aos Estados atribuir ao remetente do álcool etílico hidratado combustível - NCM 2207.10. Redação dessa cláusula primeira dada pelo Convênio ICMS 68/12, efeitos a partir de 27.06.12.

Nesse caso, as distribuidoras de combustíveis localizadas no território baiano, para dar tratamento uniforme aos seus estoques, deverão levantar o referido estoque existente no dia 14/12/2012 e oferecer a tributação nos termos do artigo 289 do RICMS/12.

A partir de então, os remetentes de outras unidades da federação passam a recolher o imposto antes da saída das mercadorias, salvo se possuírem inscrição estadual como contribuinte substituto. Caso não possua a inscrição, poderá ser atribuída à responsabilidade tributária por solidariedade ao adquirente, nos termos do artigo 6º, XV, da Lei nº 7014/96.

As distribuidoras de combustíveis, como tais definidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, poderão, nas situações em que a lei lhe atribua a condição de responsável por solidariedade quanto ao imposto devido por substituição tributária pelo remetente e mediante autorização da COPEC, recolher o imposto relativo à substituição tributária até o dia 9 do mês subsequente ao das operações nas aquisições de álcool a granel, não destinado ao uso automotivo, e de álcool etílico hidratado combustível (AEHC), oriundas de outras unidades da Federação. Abril/2013 – Base legal: § 5º do artigo 332 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780 de 16.03.2012.

Nesse sentido (conforme o art. 8º, III, da Lei nº 7.014/96 e art. 512-A, I, “b”, item 1, do RICMS/97, além do art. 289 do Decreto nº 13.780/12, a partir 01.04.2011) o autuado, como distribuidor de combustível, era responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes do AEHC. Assim sendo, o álcool só passa à condição de produto sujeito à substituição tributária quando das operações de saídas internas do estabelecimento autuado, logo, o contribuinte é responsável, nesse momento, pelo lançamento e recolhimento do ICMS normal, relativo à sua operação de venda, e do ICMS substituto, inerente às operações subsequentes. Portanto, como o álcool tem tratamento tributário de regime de apuração normal na entrada do estabelecimento distribuidor, cabe ao apelante creditar-se do ICMS relativo às operações de aquisições, inclusive a antecipação parcial do ICMS, quando devidamente recolhida, nos termos do art. 26, § 6º, da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 93, I-A, do RICMS/97, sendo impertinente sua alegação de exigência desarrazoada e de violação ao princípio da não cumulatividade (artigo 155, §2º, I, da Carta Política de 1988; art. 19 da Lei Complementar nº 87/1997).

Os créditos foram aproveitados, segundo os documentos fiscais lançados regulantes na Escrita Fiscal Digital - EFD do autuado, uma vez que o mesmo admitiu que várias notas fiscais deixaram de ser escrituradas. Foram ainda considerados os pagamentos feitos pelo autuado, constantes da base de dados dessa Secretaria da Fazenda.

Quanto à segunda infração, relativa à retenção e recolhimento do ICMS a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de vendas internas subsequentes de AEHC, tendo

em vista a apuração da falta de lançamento de varias notas fiscais eletrônicas, igualmente admitido pelo autuado, deturpando indevidamente o ICMS-ST, conforme demonstrativo às fls. 17 a 47 dos autos.

Observo ainda que o Auditor Fiscal de forma correta, procedeu à exclusão das operações identificadas com o CFOP 5663 (Remessa para armazenagem de combustível ou lubrificante) e também várias notas fiscais com o CFOP 5949 (Outra saída de mercadorias ou prestação de serviço não especificado), em cujas saídas não incide o ICMS normal (infração 1) ou ICMS-ST (infração 2), reduzindo a exigência tributária de R\$810.302,30 para R\$354.549,48, na infração 1 (fls. 431/452), conforme demonstrativo abaixo:

| OCORRÊNCIA | VLR. HISTÓRICO | VLR. JULGADO |
|--------------|-------------------|-------------------|
| MAI/2011 | 1.240,69 | 385,69 |
| JUN/2011 | 14.968,63 | 8.489,63 |
| JUL/2011 | 21.477,65 | 10.039,65 |
| AGO/2011 | 33.639,73 | 20.455,63 |
| SET/2011 | 28.317,84 | 19.798,92 |
| OUT/2011 | 49.738,51 | 17.062,32 |
| NOV/2011 | 48.154,58 | 20.419,88 |
| DEZ/2011 | 69.406,16 | 32.786,55 |
| JAN/2012 | 58.963,04 | 29.935,64 |
| FEV/2012 | 47.143,27 | 20.396,73 |
| MAR/2012 | 18.965,87 | 8.143,14 |
| ABR/2012 | 37.304,80 | 11.869,54 |
| MAI/2012 | 41.543,14 | 8.483,94 |
| JUN/2012 | 61.576,24 | 24.044,55 |
| JUL/2012 | 36.508,59 | 24.509,86 |
| AGO/2012 | 46.662,72 | 15.758,45 |
| SET/2012 | 58.268,28 | 27.352,44 |
| OUT/2012 | 32.436,85 | 7.702,50 |
| NOV/2012 | 46.642,42 | 17.657,77 |
| DEZ/2012 | 57.343,29 | 29.256,65 |
| Total | 810.302,30 | 354.549,48 |

A infração 2 não foi alterada porque as operações com CFOP 5663 e CFOP 5949, já não foram computadas desde a inicial, permanecendo, pois, no mesmo valor de R\$104.209,76.

Todavia, a fiscalização não procedeu à exclusão das operações que ocorreram a partir do dia 15.12.2012, em face de Lei nº 12.605/12, considerando que, nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), o sujeito passivo por substituição deixou de ser a distribuidora de combustíveis, passando a ser o remetente, situado em outra unidade da federação. Parece lógico que, uma vez tendo sido feita a substituição tributária (retenção ou antecipação), encerra-se a fase de tributação e, portanto, não há mais que se falar em incidência do ICMS.

Deixo de fazê-lo, nesse momento, considerando que o autuado, poderá estar colocado na situação de responsável solidário, quando não tiver ocorrido a retenção do ICMS, por parte do industrial remetente, nas operações aqui tratadas, passando, nesse caso, o mesmo a obrigar-se pela antecipação do imposto (art. 6º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96). O autuado não cuidou de fazer prova, nesse sentido.

Nas situações em que a lei lhe atribua a condição de responsável por solidariedade, quanto ao imposto devido por substituição tributária pelo remetente e mediante autorização da COPEC, pode a distribuidora recolher o imposto relativo à substituição tributária até o dia 9 do mês subsequente ao das operações (§ 5º, art. 332, do RICMS/12 - Decreto nº 13.780/12).

Diante de toda a exposição, considerando a fundamentação coletadas aos autos, acolho a revisão efetuada pelo autuante, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe, no valor total de R\$458.759,24.

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 **206983.0005/15-1**, lavrado contra **ATLÂNTICO PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$458.759,24**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "e", e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR