

A. I. Nº - 269354.0006/19-9
AUTUADO - ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETROLEO LTDA.
AUTUANTE - LUÍS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20/04/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-01/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADA DE MERCADORIA (COMBUSTÍVEL), ADQUIRIDA FORA DO ESTADO. Autuação elidida parcialmente. Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida pelo próprio autuante, resultou na redução do débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2019, formaliza a exigência de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS), no valor total histórico de R\$139.445,34, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Deixou o adquirente de recolher por responsabilidade solidária o valor do ICMS Substituído, devido, porém, não retido, em operação de aquisição de combustível, junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização e obrigado ao pagamento do ICMS no momento da saída da mercadoria.*

Consta ainda no Auto de Infração que: *Verificado através de Nota Fiscal sem retenção de ICMS substituído e consequentemente desacompanhada do respectivo documento de arrecadação.*

Aquisições de etanol hidratado de outras UF's no período de janeiro de 2014 a novembro de 2018 procederam os cálculos do ICMS –Substituição Tributária do Álcool Etílico Hidratado Combustível a menor, em função de erro na utilização do Preço Médio Ponderado Final (PMPF) e/ou utilização na escolha da Margem de Valor Agregado (MVA), as duas opções a maior, bem como, não aplicação do Decreto nº 14.213/2012, especialmente nas aquisições do Estado de Minas Gerais, conforme Demonstrativo Anexo.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que: *Nas aquisições de etanol hidratado foi verificado que algumas usinas, no período de janeiro de 2014 a novembro de 2018, procederam os cálculos do ICMS – Substituição Tributária do Álcool Etílico Hidratado Combustível a menor, em função de erro na utilização do Preço Médio Ponderado Final (PMPF) e/ou utilização na escolha da Margem de Valor Agregado (MVA), as duas opções a maior, bem como, não aplicação do Decreto nº. 14.213/2012, especialmente nas aquisições do Estado de Minas Gerais.*

Por esses motivos, a empresa deixou de recolher de forma complementar e de forma solidária, o ICMS ST, conforme pode-se verificar em demonstrativo próprio.

Período de ocorrência: março, abril, julho a novembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a setembro de 2016, agosto a outubro de 2017.

O autuado apresentou defesa (fls. 22 a 39). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Requer com fulcro no art. 18 e seus incisos do Decreto nº. 7.629/99 [RPAF], o cancelamento do Auto de Infração.

Alega que a ocorrência apurada pela Fiscalização deve ser clara e precisa de tal forma que o Contribuinte possa identificar o dispositivo legal e a infração que porventura tenha cometido, o que não ocorreu no Auto de Infração em lide. Diz que o autuante limitou-se a citar os dispositivos legais de forma genérica, contudo, tais dispositivos trazem consigo mais de uma dezena de hipóteses entre as de incidência e os fatos geradores, sendo que nenhuma foi apontada diretamente pelo autuante. Acrescenta que isto implica em cerceamento do seu direito de defesa.

Alega, ainda, que o autuante aponta vários documentos fiscais como fundamento da autuação, todavia, incorre em equívoco ao não colacionar aos autos os respectivos documentos fiscais, já que são estes a materialização das suas proposições.

No mérito, afirma que o autuante não considerou todas as guias pagas antecipadamente, conforme documentos que anexa. Consigna que, se forem consideradas as guias pagas, os valores referentes à ocorrência de 30/09/2017 seria de R\$2.274,87 e não o valor de R\$17.890,68, constante no Auto de Infração.

Invoca o princípio da não cumulatividade, insculpido no art. 155, I, § 2º da Constituição Federal; no art. 19 da Lei Complementar n. 87/96; bem como a posição doutrinária de Hugo de Brito Machado, reproduzindo os respectivos textos.

Assevera que desse modo, a liquidação dos valores exigidos na autuação deveria necessariamente constar os créditos das operações anteriores de modo a manter-se em alinhamento com o preceito constitucional da não cumulatividade.

Alega que nos demonstrativos elaborados pelo autuante nota-se que este aplicou o destaque integral a alíquota do ICMS sobre o produto discriminado nos documentos fiscais, sem consignar o valor recolhido por meio das guias pagas antecipadamente.

Conclusivamente, diz que resta exposta a ilegalidade do Auto de Infração e requer o seu cancelamento.

Prosseguindo, diz que o produto combustível fora objeto de substituição tributária, em conformidade com o Convênio nº 110/2007, onde o responsável por arrecadar o imposto da sua operação própria foi o estabelecimento remetente industrial. Neste sentido, reproduz a cláusula primeira do referido convênio.

Conclusivamente, diz que como o ICMS de sua operação própria foi recolhido na operação anterior pelo estabelecimento industrial inexistiu prejuízo ao erário, razão pela qual requer que o Auto de Infração seja cancelado.

No intuito de discriminar as guias pagas antecipadamente, requer a realização de perícia.

Quanto à multa imposta, requer que os valores exigidos na autuação a título de diferença de alíquotas e a sanção por não recolhimento sejam calculados sob a subtração do já adimplido.

Por considerar as sanções aviltantes, inclusive invocando e reproduzindo o art. 150, IV da Constituição Federal que preconiza a vedação de utilização tributo com efeito de confisco, diz que a multa somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a empresa, o qual não consta nos autos. Neste sentido, invoca e reproduz posição doutrinária Orlando de Pilla Filho e João Roberto Parizatto, assim como o art. 52 da Lei n. 9.298/96.

Conclusivamente, diz que em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e lhe conferindo justiça.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- que seja anulado o Auto de Infração;
- que seja deferido o pedido de produção de prova pericial;
- que sejam revistos e deduzidos os valores constantes na autuação, conforme explanado e fundamento no art. 149 e seus incisos do CTN.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.57/58). Contesta as alegações defensivas. Sustenta que o lançamento, inexoravelmente, fundamentou-se em legislação fiscal vigente no Estado da Bahia e observa-se que na peça defensiva o autuado concorda com a autuação, conforme constata-se à fl. 30 dos autos.

Quanto à alegação defensiva de que houve o recolhimento de R\$2.274,87 e existem documentos anexados à impugnação, afirma o autuante que se observa no contexto do presente PAF que inexistem documentos anexados à impugnação.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando que no levantamento levado a efeito pelo autuante houve glosa de crédito fiscal destacado nos documentos fiscais arrolados na autuação, fundamentado na admissibilidade do creditamento no limite estabelecido nos termos do Decreto nº 14.213/2012. Considerando, ainda, que o Estado da Bahia, mediante o Decreto nº 18.219/2017, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu anexo único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017 e do Convênio ICMS190/2017.

E, finalmente, considerando que estando convalidados os incentivos fiscais, remidos os créditos tributários relativos aos benefícios instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art.155 da Constituição Federal, processados nos termos do Convênio ICMS190/17, contudo nos termos § 2º da cláusula oitava do referido Convênio, a remissão e anistia previstas no *caput* desta cláusula e o disposto na cláusula décima quinta ficam condicionadas à desistência de impugnações, defesas e recursos e eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo, converteu o feito em diligência à SAT/COPEC, a fim de que o AUTUANTE ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as providências abaixo literalmente reproduzidas:

1. INTIME o AUTUADO para que lhe seja dada ciência das condições prevista no Convênio ICMS190/2017, a fim de que este possa tomar as devidas providências pertinentes à renúncia de impugnação do processo administrativo,

2. Elabore novos demonstrativos SEGREGANDO, por demonstrativo, os valores exigidos na autuação referentes à glosa dos créditos fiscais fundamentada no Decreto n. 14.213/2012, dos demais valores porventura exigidos;

A diligência foi cumprida pelo autuante (fl.67). Consignou o diligenciador que adotou as seguintes providências:

(i) enviou por meio do DTE, Mensagem nº 142943 em 05/12/2019, acostada à fl. 68, arquivo em Excel denominado “Diferenças ST ICMS AEHC UFs 2014 – 2018 Itabuna III”, tendo anexado CD, fl. 70 dos autos, contendo duas planilhas, no caso Diferenças ST só com glosa AHC e Diferenças ST sem Glosa AHC;

- posteriormente, enviou também por meio do DTE, Mensagem nº. 142951 em 05/12/2019, conforme acostada à fl. 69 dos autos, em complemento à Mensagem nº 142943, com arquivo anexo da cópia da Diligência, fls. 62/63 dos autos.

No demonstrativo elaborado pelo autuante, sem glosas do crédito fiscal, o valor apurado a recolher resultou R\$47.722,86.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou (fls. 76/77). Pugna pela apreciação da Defesa inicial apresentada por entender que a autuação é improcedente.

Assinala que anexou aos autos planilha de cálculo e declaração da DASA – Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S/A, na qual informa que não é optante pelo regime de crédito presumido, conforme descrições do Decreto nº. 47.601/18.

A planilha aduzida pelo autuado, acostada às fls. 83 a 86, denominada “DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇAS DO ICMS ST NA AQUISIÇÃO DE ALCOOL ETILICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL – 2014 – 2018 – AI 269354.0006/19-9”, aponta como diferença a recolher R\$42.217,92.

Finaliza requerendo a improcedência da autuação e, se assim não for entendido, que sejam

reduzidos e revistos os valores exigidos com base no art. 149 e seus incisos do CTN.

Considerando que o autuado não se manifestara sobre a solicitação contida na diligência no sentido de que, se manifestasse expressamente sobre a renúncia de impugnação no processo administrativo fiscal, conforme condições estabelecidas pelo Convênio ICMS 190/2017, o PAF foi encaminhado ao órgão competente deste CONSEF, no intuito de que o autuado fosse intimado a se manifestar neste sentido.

O autuado se manifestou à fl. 94 consignando que desiste expressamente da impugnação anexada aos autos, no que tange à parte da autuação de que cuida o aduzido Convênio ICMS 190/2017.

VOTO

De início, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante, haja vista que na complementação da descrição da conduta infracional, é possível identificar-se em que consiste a acusação fiscal.

Conforme descrito no campo “Descrição dos Fatos”, do Auto de Infração, a autuação decorreu do fato de ter sido verificado pela Fiscalização que nas aquisições de etanol hidratado foi verificado que algumas usinas, no período de janeiro de 2014 a novembro de 2018, procederam os cálculos do ICMS – Substituição Tributária do Álcool Etílico Hidratado Combustível a menor, em função de erro na utilização do Preço Médio Ponderado Final (PMPF) e/ou utilização na escolha da Margem de Valor Agregado (MVA), as duas opções a maior, bem como, não aplicação do Decreto nº. 14.213/2012, especialmente nas aquisições do Estado de Minas Gerais.

Segundo o autuante, por esses motivos, o autuado deixou de recolher de forma complementar e de forma solidária, o ICMS ST, conforme demonstrativo anexado.

Ademais, não houve qualquer prejuízo ao direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte, que foi exercido plenamente, com apresentação da peça impugnatória e demonstrativo, acostado às fls. 83 a 86 dos autos, no qual consta o valor do ICMS a recolher, e manifestação posterior.

Quanto à alegação de ausência física das notas fiscais no levantamento fiscal, por certo que o demonstrativo elaborado pelo autuante, contendo o número da nota fiscal e respectiva chave de acesso, entre outros elementos, afasta a nulidade pretendida.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida.

No tocante ao pedido de realização de perícia, cumpre consignar, que a matéria de que cuida o Auto de Infração em exame não exige a participação de perito, haja vista que é de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, razão pela qual fica indeferido o pedido com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Conforme relatado, considerando que no levantamento levado a efeito pelo autuante houve glosa de crédito fiscal destacado nos documentos fiscais arrolados na autuação, fundamentado na admissibilidade do creditamento no limite estabelecido nos termos do Decreto nº 14.213/2012, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à SAT/COPEC, a fim de que o diligenciador intimasse o autuado, cientificando-o das condições prevista no Convênio ICMS 190/2017, para que este pudesse tomar as devidas providências pertinentes à desistência de impugnação do processo administrativo fiscal.

Foi solicitado, ainda, que o diligenciador segregasse, por demonstrativos, os valores exigidos na autuação referentes à glosa dos créditos fiscais fundamentada no Decreto n. 14.213/2012, dos demais valores porventura exigidos.

O autuado, no tocante à parte da autuação atinente à glosa do crédito fiscal de que trata o Decreto nº 14.213/2012, se manifestou expressamente renunciando à impugnação.

O próprio autuante cumpriu a diligência. Realizou os ajustes e correções, o que, inclusive,

implicou em exclusão de diversos períodos exigidos originalmente na autuação, sendo que o demonstrativo que elaborou referente a consideração total dos créditos fiscais que foram objeto de glosa - em face ao Decreto nº. 14.213/2012 -, com a consideração da totalidade dos créditos fiscais, o valor do ICMS a recolher foi reduzido para R\$47.722,86.

Apesar de o impugnante haver alegado que o autuante não considerou todas as “guias pagas antecipadamente”, referentes ao período de ocorrência de 30/09/2017, conforme documentos que anexou, por certo que se comprovados referidos pagamentos, caberia, sim, a consideração dos documentos de recolhimentos para dedução do valor exigido.

Ocorre que os aludidos documentos anexados pelo impugnante, não permitem comprovar as suas alegações, haja vista que não é possível identificar ou estabelecer qualquer vinculação ou correspondência com as Notas Fiscais arroladas no levantamento fiscal, no referido período.

Diante disso, a infração é parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$47.722,86, conforme novo demonstrativo elaborado pelo autuante, acostado à fl. 74 dos autos.

Quanto à multa imposta, cabe consignar, que se encontra prevista no art. 42 da Lei nº 7.014, falecendo competência a este órgão julgador administrativo fiscal, para apreciar inconstitucionalidade da norma, consoante estabelece o art. 167, I do RPAF/BA/99, assim como, apreciar pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal e redução de juros.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **269354.0006/19-9**, lavrado contra **ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.722,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUZA GOUVÊA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR