

A. I. Nº - 269354.0002/19-3
AUTUADO - ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - LUÍS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO- INTERNET – 10/09/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-01/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Restou evidenciado que os produtos arrolados na autuação se classificam como materiais de uso e consumo, sendo vedada a utilização do crédito fiscal de ICMS decorrente de suas aquisições. **Infração caracterizada; b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DO DIFERIMENTO.** O remetente destacou o imposto de forma indevida, e o autuado equivocadamente se apropriou do crédito fiscal. **Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DESTINADO A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** É devido o pagamento do imposto, a título de diferença de alíquota, na situação em tela. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. **Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/03/2019, e lançado ICMS no valor histórico de R\$68.472,77, mais multas de 60%, em decorrência das seguintes infrações à legislação do supracitado imposto:

Infração 01 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de abril e outubro de 2014; fevereiro de 2015; fevereiro e outubro de 2016; setembro de 2017 e janeiro de 2018, sendo lançado o valor de R\$2.910,29.

Consta ainda na imputação: *“Trata-se de aquisições de aditivos para serem adicionados à Gasolina e ao Óleo Diesel, sendo que estes combustíveis (gasolina e óleo diesel) já tiveram as suas fases de tributação do ICMS encerradas, quando nas suas aquisições junto ao fornecedor, através do Regime de Tributação da Substituição Tributária, conforme demonstrativo Anexo”.*

Enquadramento legal: Art. 29, § 1º, II e art. 53, III, da Lei 7.014/96. Multa Aplicada: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 01.02.22 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas de outras unidades da federação sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto, nos meses de março de 2014; maio a outubro e dezembro de 2015, sendo lançado o valor de R\$59.706,26.

Consta ainda na imputação: *“Trata-se de aquisição de mercadorias (etanol anidro) enquadrada no âmbito do ICMS no regime de tributação do Diferimento, na forma do Convênio ICMS nº 110/07, Clausula Vigésima Primeira e o remetente sem base legal procedeu o destaque do ICMS e consequentemente a Autuada equivocadamente se apropriou indevidamente como crédito fiscal*

do em sua escrita fiscal (Livro de Entradas), conforme demonstrativo Anexo”.

Enquadramento Legal: Art. 7º, § 2º da Lei 7.014/96 C/C art. 286, § 2º e art. 332 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril e outubro de 2014; fevereiro de 2015; fevereiro e outubro de 2016; setembro de 2017 e janeiro de 2018, sendo lançado o valor de R\$5.856,32.

Consta ainda na imputação: *“Trata-se de aquisições de aditivos para serem adicionados à Gasolina e ao Óleo Diesel, sendo que estes combustíveis (gasolina e óleo diesel) já tiveram as suas fases de tributação do ICMS encerradas, quando nas suas aquisições junto ao fornecedor, através do Regime de Tributação da Substituição Tributária. Desta forma, o enquadramento se deu em função de aquisições para uso pela Autuada, conforme demonstrativo anexo”.*

Enquadramento Legal: art. 4º, XV da Lei nº 7.014/96, C/C art. 305, §4º, III, “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa, peça processual que se encontra anexada às fls. 30 a 51.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, faz um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, as imputações que deram origem ao Auto de Infração.

Em seguida preliminarmente suscita a nulidade da autuação, transcrevendo o art. 39, do Decreto nº 7.629/99, sob o argumento de que as infrações apontadas não foram claras.

Alega que o autuante não individualiza sob qual hipótese ocorreu o “suposto” ilícito, e que os documentos fiscais, constantes das planilhas e que serviram de fonte para a exação não foram juntados ao processo.

Acrescenta que o autuante não identificou qual fato gerador restou “supostamente sonegado”, e que são vários os incisos dos dispositivos legais mencionados, dificultando ao autuado conhecer a respeito do que lhe é imposto.

Cita o artigo 147 do CTN, além do artigo 18, IV, “a”, do RPAF/BA, entendendo que o lançamento de ofício deve ser julgado nulo.

No mérito, afirma que está colacionando documentos que demonstram a improcedência do Auto de Infração, pelo fato de comprovarem a realização dos estornos.

Em relação à infração 01, transcreve os artigos 290 e 292, §1º, do RICMS/BA, asseverando que o ICMS foi estornado, visto que nas entradas foram pagos com base na substituição tributária.

No que diz respeito à infração 02, apresenta a mesma argumentação, solicitando a improcedência da exigência.

No que tange à infração 03, alega que os valores calculados no Auto de Infração estão errados, uma vez que não foi considerado no cálculo o ICMS destacado.

Dessa forma, registra que os valores corretos, com o abatimento dos valores do ICMS destacado da nota fiscal, são os seguintes:

04/2014 - 612,14

10/2014- 612,14

02/2015- 459,10

02/2016- 764,13

10/2016- 376,54

09/2017- 395,78

01/2018- 263,85

Total - 3.483,68

Menciona o princípio da não cumulatividade, transcreve parte do art. 155, da C.F., além de ensinamentos de Hugo de Brito Machado, pedindo que seja procedido o abatimento do ICMS destacado da nota fiscal.

Em seguida tece considerações sobre o instituto da substituição tributária, citando a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 87/1996, com o objetivo de demonstrar que como o imposto foi recolhido em operação anterior, não houve qualquer prejuízo para o Estado.

Com o fito de discriminar as guias pagas antecipadamente, requer a realização de perícia contábil, dizendo que na oportunidade colaciona documentos que comprovam a improcedência da autuação.

No que diz respeito às multas aplicadas, considera que são sanções aviltantes.

Reclama que as mesmas são reveladoras da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes.

Entende que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto ao autuado.

Traz à colação o art. 150, da C.F., e ensinamentos dos doutrinadores Orlando de Pilla Filho e João Roberto Parizatto, visando amparar sua argumentação.

Ao final, apresenta os seguintes pedidos:

- a) *Que oposta a impugnação, possa surtir seu efeito suspensivo em relação ao crédito tributário;*
- b) *Seja anulado o auto de infração com base no artigo 18 e incisos, do Decreto 7.629.*
- c) *Que seja cancelado o atacado auto de infração por inaplicabilidade dos dispositivos que o suportam em face do impugnante conforme disposto no item IV desta impugnação;*
- d) *Que seja deferido o pedido de produção de prova pericial;*
- e) *À vista de todo acervo fático, legal e meritório trazido à baila por via da presente impugnação, sobressai evidente a insubsistência e improcedência da ação fiscal, de modo que espera e requer que seja acolhida a presente peça de resistência, no sentido de cancelar “in totum” o auto de infração ora guerreado e, por conseguinte o débito fiscal reclamado. Caso assim não entenda, que seja deduzido e revisto os valores constantes no auto, conforme acima exposto e com base no art. 149 e seus incisos do CTN.*

O autuante presta informação fiscal (fls. 127/129), esclarecendo que a infração 01 decorreu do fato dos combustíveis, gasolina e óleo diesel, terem as suas fases de tributação do ICMS encerradas, quando nas suas aquisições junto ao fornecedor (Industrial Refinador, Importador), através do Regime de Tributação da Substituição Tributária, que os aditivos se inserem na atividade de distribuição como produtos a serem consumidos, e que, portanto, não proporcionam créditos fiscais do ICMS.

Assevera que conforme se observam nos valores indicados nos DEMONSTRATIVOS DA APURAÇÃO DO ICMS (fls. 68 a 125), extraídos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) dos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018, não procedem os argumentos da autuada de que os referidos créditos foram estornados.

No que diz respeito à infração 02, assinala que mesmo que de forma equivocada o fornecedor tenha destacado o ICMS na venda do etanol anidro para a autuada, não cabe a apropriação de créditos do ICMS nas aquisições deste produto, uma vez que a tributação do ICMS está no regime do Diferimento, na forma prevista no Convênio ICMS nº 110/07, Cláusula Vigésima

Primeira e consequentemente o fornecedor, sem base legal, procedeu o destaque do ICMS.

Da mesma forma que a infração anterior, pontua que os DEMONSTRATIVOS DA APURAÇÃO DO ICMS (fls. 68 a 125), extraídos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) dos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018, comprovam que os referidos créditos não foram estornados.

Em relação à infração 03, aduz que diante da alegação defensiva de que os valores foram dimensionados erroneamente, efetuou revisão nos valores e a metodologia dos cálculos, retificando os valores a serem exigidos nos meses de abril/2014, outubro/2014 e fevereiro/2015, culminando com a redução do valor da infração para R\$5.252,73, conforme demonstrativo à fl. 130.

Relativamente aos demais meses, pontua que foram mantidos os valores, uma vez que o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas já integrava a base de cálculo.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE em razão dos argumentos expostos.

O autuante voltou a se manifestar à fl. 135, dizendo que em função de problemas recorrentes com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (CORREIOS) na entrega do presente Auto de Infração, não constava de forma consistente a confirmação de recebimento por parte do representante do autuado.

Dessa forma, opina que a impugnação apresentada seja considerada tempestiva.

Por fim, requer à PGE a exclusão do status processual do PAF como “Ajuizado/Em Aberto”, objetivando dar plena defesa ao contribuinte.

O autuado, após tomar ciência da informação fiscal prestada, apresentou nova impugnação às fls. 146 a 153, ratificando seu posicionamento de que os valores exigidos nas infrações 01 e 02 foram estornados.

No que diz respeito à infração 03, também ratifica que os valores exigidos devem ser modificados, nos mesmos moldes apresentados na primeira impugnação.

Em seguida, repete as solicitações produzidas na sua primeira peça defensiva.

O autuante, em nova informação fiscal (fl. 160), aduz que após análise da segunda Manifestação da Autuada, mantém os argumentos enaltecidos na Informação Fiscal já prestada.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE, conforme demonstrativo à fl. 130, que reduziu a exigência da infração 03.

VOTO

Inicialmente, constato que O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observe que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e as multas aplicadas, relativamente às irregularidades apuradas, e a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, exercendo de forma plena o seu direito de defesa, se reportando aos demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como aos demais elementos que possibilitaram a instalação do contencioso.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexistente a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução

processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, relativo ao cometimento de três infrações, já descritas nos autos.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado pelo sujeito passivo, fica indeferido, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção, os elementos contidos nos autos, ou for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

A primeira infração refere-se a aquisições de aditivos para serem adicionados à Gasolina e ao Óleo Diesel, produtos estes que já tiveram as suas fases de tributação do ICMS encerradas, quando nas suas aquisições junto ao fornecedor, através do Regime de Tributação da Substituição Tributária, onde o autuado utilizou indevidamente o crédito fiscal, relativo às aquisições dos referidos aditivos, conforme demonstrativo à fl. 14.

Nessas circunstâncias, considerando, ainda, que os produtos resultantes das misturas, também já estarão com fase de tributação encerrada nas saídas, correto está o procedimento fiscal em glosar o crédito questionado, considerando tais operações como aquisições para uso e consumo do estabelecimento.

O sujeito passivo alegou que o crédito exigido foi estornado, porém, conforme indicam os DEMONSTRATIVOS DA APURAÇÃO DO ICMS (fls. 68 a 125), extraídos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) dos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018, anexados pelo próprio contribuinte, não procedem suas alegações.

Imputação mantida.

A segunda infração trata de aquisição de etanol anidro, mercadoria esta, enquadrada no regime do Diferimento, na forma do Convênio ICMS nº 110/07, Clausula Vigésima Primeira, sendo que o remetente, de forma equivocada, procedeu o destaque do ICMS, conforme demonstrativo à fl. 15.

Tendo em vista que o autuado, indevidamente se apropriou desse crédito fiscal em sua escrita, procede a exigência em lide.

Ressalto que o sujeito passivo também alegou ter estornado o imposto em questão, porém, a mesma documentação mencionada na infração anterior, demonstra que razão não lhe assiste.

Na terceira infração é exigido o imposto decorrente do diferencial de alíquotas, relativo a aquisições de aditivos para serem adicionados à Gasolina e ao Óleo Diesel, sendo que os combustíveis (gasolina e óleo diesel), já tiveram as suas fases de tributação do ICMS encerradas, quando das suas aquisições (Substituição Tributária). Dessa forma, a exemplo da primeira infração, os aditivos são caracterizados como aquisições para consumo pelo autuado, sendo exigido a DIFAL, conforme demonstrativo à fl. 16.

O autuado reclamou que o autuante, no cálculo do imposto devido, não considerou o ICMS destacado.

Em sua informação fiscal, o autuante reconheceu o equívoco, que ocorreu apenas nos meses de abril/2014, outubro/2014 e fevereiro/2015, efetuando as correções, com o que concordo, de acodo com o demonstrativo à fl. 130.

No tocante ao argumento de exorbitância das multas aplicadas e violação ao princípio do não-confisco, pontuo que de acordo com o Art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária estadual posta, enquanto que as multas aplicadas, possuem previsão legal pelo Código Tributário do Estado da Bahia e pela Lei nº 7.014/96, portanto, ficam mantidas.

De tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo-se os valores originais exigidos nas infrações 01 e 02, e alterando o valor cobrado na infração 03 para R\$5.252,63, conforme demonstrativo à fl. 130.

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 **269354.0002/19-3**, lavrado contra **ATLÂNTICA PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$67.869,18**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR