

A. I. Nº - 298623.0010/21-6
AUTUADO - PETROSERRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DANTE GRISI
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/10/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-04/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO DE VALOR NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL O autuado na condição de detentor de Termo de Acordo, nos termos do artigo 7º B do Decreto nº 7.799/00 era o responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária nas saídas internas subsequente. Ficou evidenciado que as operações objeto da presente exigência são decorrentes de transferências de etanol oriundas de sua filial localizada neste estado, cujo ICMS - ST já se encontrava recolhido, sendo que as notas fiscais foram emitidas sem destaque do imposto, o qual fora pago anteriormente, para efeito da utilização dos créditos fiscais, enquanto que o autuado, na condição de adquirente das mercadorias, não observou a obrigação de emitir notas fiscais de entradas a título de “*recuperação de créditos fiscais*”, consoante ordena a legislação nos termos do art. 292, § 2º, incisos I e II, do RICMS-BA/BA, implicando apenas em descumprimento de uma obrigação de natureza acessória, portanto, cabendo aplicar uma multa prevista na Lei nº 7.014/96, por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII da referida Lei, com amparo no art. 157 do RPAF/99. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2021, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$ 224.532,70, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

Infração 01 - 001.002.039. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto destacado em documento fiscal.* Multa aplicada de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa às fls. 04 a 07, inicialmente transcrevendo o teor da acusação e preliminarmente alega cerceamento de defesa na presente autuação, considerando que a Constituição Federal no seu artigo 5º, LV, garante aos litigantes em processo administrativo ou judicial o contraditório e a ampla defesa, e por esse motivo, todas as provas que consubstanciaram a lavratura do Auto de Infração devem obrigatoriamente ser entregues ao autuado mediante recibo, nos termos dos artigos 28 § 49,41, II do RPAF-BA.

Diz que no caso em apreço, o defendente não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido. Por conseguinte, ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa, devendo ser fulminado de nulidade a imputação fiscal, tendo em vista que restou prejudicado o exercício constitucional do contraditório.

Entende que diante da ausência de recebimento pelo contribuinte dos levantamentos elaborados

pelo fiscal autuante, cuja obrigatoriedade está prevista no artigo 18 do RPAF, reitera a inafastável necessidade de ser anulado o lançamento do tributo.

Após transcrever o teor do dispositivo citado afirma que a autuação está eivada de vícios insanáveis essenciais, que além de espelhar sua imprestabilidade jurídica para justificar o crédito tributário imputado ao contribuinte, por não atender aos pressupostos legais de validade, como se demonstrará ao longo desta peça - irradia do ponto de vista prático, um grau de incerteza incontornável.

Acrescenta que pela falta de entrega de cópia dos demonstrativos e documentos que amparam a autuação perpetrada pelo fiscal autuante, o colendo Conselho baiano, em outras decisões da mesma natureza tem frequentemente considerado nulo os procedimentos fiscais que não atentem para o princípio constitucional do devido processo legal.

Para sustentar a sua tese transcreve Ementas relativas aos Acórdãos CJF Nº 0033-12/05 e CJF Nº 0041-12/05, e requer a anulação da presente imputação fiscal pela preterição do direito de defesa, em razão da falta de entrega dos demonstrativos e documentos que ampararam a exação fiscal em comento.

No mérito informa que a defendente foi autuada por utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, e que se trata de uma operação de transferência de etanol entre a unidade da empresa localizada em Candeias-BA e a unidade recebedora localizada em Feira de Santana-Ba.

Ocorre que a unidade destinatária da empresa obteve junto à SEFAZ, credenciamento nos termos do artigo 7º-B do Decreto nº 7799/00, celebrando TERMO DE ACORDO, para ser responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas subseqüentes saídas, figurando como substituta tributária, a partir de 08/10/2019, conforme Parecer no processo nº 27504720190, assinado pelos agentes fiscais Antonio Claro, Márcia Libório e Frederico Gunnar Durr (Doc. 01).

Com efeito, a unidade autuada passou a receber o etanol hidratado sem a aplicação do regime de substituição tributária, seja quando adquiridas de outras unidades da federação como também nas aquisições internas, inclusive transferências, conforme se lê do parágrafo único do referido TERMO DE ACORDO, que transcreveu, assim como o teor da cláusula nona do Convênio ICMS nº 142/18:

“Os remetentes da mercadoria relacionada nesta cláusula, destinada á Acordante, não farão a retenção do imposto nos termos da cláusula nona, inciso IV, do Convênio ICMS nº 142/18”. ‘ . Reza também o Convênio 142/18. ”

Convênio ICMS nº 142/18

“Cláusula nona: Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária não se aplica: I - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária a estabelecimento industrial fabricante do mesmo bem e mercadoria;

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;

III - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria;

IV - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento localizado em unidade federada que lhe atribua a condição de substituto tributário em relação ao ICMS devido na operação interna;”

Ressalta que, entretanto, a sua filial de Candeias IE nº 050.459.764, não possuía na época, o credenciamento e o TERMO DE ACORDO, previstos no Decreto nº 7799/00, e, por conseguinte, continuava recebendo o etanol hidratado com o imposto retido ou recolhia o imposto por antecipação.

Nesse esopeque, o etanol transferido para a unidade de Feira de Santana já se encontrava com fase

de tributação encerrada, ou seja, todo o imposto relativo às Notas Fiscais 156, 157, 143, 142, 140, 141 e 139 (Doc. 03), já havia sido recolhido para o Erário baiano, conforme cópia dos DAEs juntados ao presente processo (Doc. 02).

De outra quadra, a unidade de Feira de Santana passou a adquirir o etanol sem aplicação do regime de substituição tributária, por força do TERMO DE AÍORDO, e para que fosse tratado de maneira uniforme os seus estoques, o etanol recebido na sua unidade de Candeias teria que ser encaminhado com tributação normal.

Com efeito, não se pode ter o mesmo produto no estoque de uma empresa com tributação normal e com fase de tributação encerrada, seria uma confusão contábil fiscal sem precedentes, e difícil de ser apurada. Por isso, os artigos 291 e 292 do RICMS-BA, tratam da questão de forma a orientar os contribuintes nos procedimentos fiscais para uniformização dos estoques.

Assim, fácil concluir que não houve qualquer prejuízo ao Estado da Bahia-nesta operação a não ser um erro escritural e formal que não resulta em sonegação de imposto. Ao contrário sendo, a unidade de Feira de Santana que comercializou os produtos transferidos, destacando o ICMS normal e substituído nas saídas subsequentes, pagaria indevidamente e duplamente o tributo: recolhimento por antecipação pela unidade de Candeias e novamente o pagamento em saídas subsequentes pela unidade de Feira de Santana (autuada).

Tal fato se caracterizaria por enriquecimento ilícito do Estado da Bahia, lembrando que o enriquecimento injustificado é princípio originário do Direito Civil, mas que fora alçado como Princípio Geral do Direito.

A consequência do enriquecimento ilícito para quem paga indevidamente provoca consequências básicas, por exemplo: diminuição patrimonial, perda de poder de compra e diminuição da renda. Em contrapartida quem recebe tem aumento patrimonial sem causa jurídica justificável. Portanto um erro formal não pode resultar em cobrança de tributo indevido, e em seu socorro transcreve jurisprudências que nega a exigência de tributo por erro formal.

Conclui-se, por derradeiro, que a operação de transferência de etanol, que embasou o Auto de Infração, ora guerreado, não há que prosperar por quatro razões inquestionáveis:

- 1- A filial da empresa localizada em Candeias - Bahia I.E. nº 050.459.764 pagou todo o ICMS por antecipação conforme DAEs anexos (Doc. 02);
- 2- A unidade da empresa destinatária de Feira de Santana-BA, I.E. nº 054.162.840, possui o Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00 para ser responsável por substituição tributária nas saídas subsequentes devendo receber o etanol dos remetentes sem a aplicação da retenção do imposto (Doc. 01);
- 3- A uniformidade de tratamento tributário e fiscal das unidades envolvidas, principalmente os estoques da unidade de Feira de Santana, I.E. nº 054.162.840.
- 4- Raciocínio contrário resultaria em pagamento em duplicidade do ICMS pela unidade de Feira de Santana e enriquecimento sem causa do Estado.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- 1- Nulidade por falta de entrega dos demonstrativos que ampararam a autuação.
- 2- Admitir que o Auto de Infração carece de certeza e segurança em razão dos demonstrativos deficientes.
- 3- Reconhecer que a filial de Feira de Santana/BA, possuía o Termo de Acordo para ser substituta tributária prevista no Decreto nº 7799/00.
- 4- Reconhecer que a unidade remetente em Candeias, pagou todo o imposto por antecipação tributária.
- 5- Reconhecer que a operação que resultou na lavratura do Auto de Infração em exame não gerou

qualquer prejuízo ao Erário, sendo apenas um erro formal de emissão de nota fiscal.

O auditor fiscal designado a prestar a Informação Fiscal, fls. 26 a 27, inicialmente registra que o Auto de Infração em foco, foi lavrado pelo Auditor Fiscal, Dante Grisi, Cad. 13.298.623-3, que está aposentado, conforme Portaria nº 0336307 de 24/11/2021, DOE 25/11/20.

Em seguida informa que a acusação diz respeito ao descumprimento por parte da AUTUADA quanto à sua obrigação fiscal, referente a utilização de crédito fiscal do ICMS referente ao imposto não destacado no documento fiscal.

Diz que após análise do PAF, desde a lavratura da NF e impugnação da autuada informa que o entendimento é de que a linha de condução quanto ao valor reclamado e o enquadramento da infração no contexto da legislação do ICMS no Estado da Bahia, baseou-se especificamente no § 10 do art. 292, Decreto nº 13.780/2012 e teve como foco central da autuação operações com o Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9.

O AUTUANTE motivou-se pela literalidade do § 1º do art. 292 Decreto nº 13.780/2012 e abstraiu o art. 291 do mesmo diploma legal retro citado, onde destaca que o sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria.

Por tanto, resgata e destaca a personificação jurídica da AUTUADA como “sujeito passivo por substituição tributária”, ou seja, através do Processo Administrativo Fiscal de nº 275.047/2019-0 a AUTUADA foi denominada como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária nas Saídas Internas Subsequentes de Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9. conf. Art. 7º-B. Decreto nº 7.7799/2000 e para estruturar juridicamente essa personificação jurídica (substituto tributário), foi pactuado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia um TERMO DE ACORDO, na forma do Parecer Final nº 37.130/2019.

Informa que a autuada em sua estrutura comercial, unidades de distribuição, “filiais”, nas diversas regiões do Estado da Bahia, notadamente: Jequié/Candeias/Teixeira de Freitas/Itabuna. Nessas “filiais” habitualmente para atender a demanda do mercado de combustível na Bahia, são adquiridos através de USINAS domiciliadas na Bahia e em outras Unidades Federadas o Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 e no que concerne ao procedimento quanto ao ICMS, deve-se destacar o ICMS Normal e o da Substituição Tributária (ST), na forma do art. 8º, II. Lei nº 7.014/96, combinado com o Anexo I. item 28, da retro citado Lei e o Anexo I. Item 6.1 do Decreto nº 13.780/2012, onde define o regramento do cálculo do ICMS/ST, as Margens de Valor Agregado (MVA) indicadas no Ato COTEPE nº 61/19 ou o PMPF, o que for maior. Associado às disposições legais retro citadas, nas operações interestaduais, os remetentes são os substitutos tributários, conforme Cláusula Primeira. I, do Convênio ICMS nº 110/07, acordo interestadual, no qual o Estado da Bahia é signatário.

Desta forma, as referidas “filiais” quando da compra do Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 junto às usinas domiciliadas no território da Bahia, bem como aquelas localizadas em outras Unidades Federadas, no período de 2020, preponderantemente procediam o cálculo do ICMS/ST, com a correspondente indicação na NF-e em campo próprio (Valor do ICMS Substituição), cujo valor integrava o “Valor Total da Nota”.

Nesse período, os valores do PMPF eram os referenciais para o cálculo do ICMS/ST, superando sempre a base de cálculo do ICMS/ST mensurada através das Margens de Valor Agregado (MVA), conforme determina o art. 23, §6º da Lei nº 7.014/96 (em síntese. MVA ou PMPF, dos dois, o maior). Também é oportuno registrar que a Alíquota do ICMS à época era 18% com acréscimo do Adicional Fundo de Pobreza em 2%, resultando numa Carga Tributária Final efetiva de 20%, na forma do art. 16-A. parágrafo único, inciso I, Lei nº 7.014/96.

Para atender o mercado consumidor, associado à disponibilidade nos estoques, a AUTUADA

demandou estrategicamente (ao invés de comprar), através de operações de transferências, o Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 junto às suas “Filiais”.

Como já havia encerrado a fase tributação do ICMS, quando das aquisições junto às usinas domiciliadas no território da Bahia, bem como aquelas localizadas em outras Unidades Federadas, as transferências ocorreram sem tributação, com indicação nas “Informações Complementares” de que o ICMS foi recolhido por substituição tributária.

Nesse contexto, deve-se resgatar o TERMO DE ACORDO, na forma do Parecer Final nº 37.130/2019 que a AUTUADA obteve da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, onde foi denominada como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária nas Saídas Internas Subsequentes de Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.

Como a AUTUADA tinha outras fontes de suprimento desse mesmo combustível e em face ao TERMO DE ACORDO comprava sem a incidência (destaque) do ICMS/ST, ou seja, só com o destaque do ICMS Normal que incide sobre o valor da operação, a AUTUADA inevitavelmente resgatou as disposições legais contidas no art. 291 do Decreto nº 13.780/2012, cujo teor transcreveu:

“Art. 291. Na hipótese do sujeito passivo por substituição adquirir de terceiro uma mesma espécie de mercadoria com o imposto retido, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação própria como o imposto retido, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente com aquela mercadoria.”

Com base neste comando normativo do RICMS/BA e ciente da forma do cálculo do ICMS/ST, no caso o PMPF, a AUTUADA no final de cada período de apuração do ICMS, somava as quantidades associadas às transferências de suas “Filiais” de Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 e aplicava o PMPF vigente e considerado nas compras deste combustível, aplicando posteriormente 20% que representa a carga tributária efetiva do ICMS.

Dimensionado o valor do ICMS com base nos critérios anteriormente sublinhados o valor resultante da aplicação dos 20% (Carga Tributária Efetiva), a AUTUADA registrava na Apuração do ICMS em “Outros Créditos”.

Em seguida apresenta outras hipóteses possíveis que a AUTUADA poderia proceder nas transferências de suas “Filiais”:

Hipótese 1:

Caso as “Filiais” ao transferirem o Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 viessem a destacar o ICMS Normal na NF-e, com a precificação parametrizada pelo PMPF que fora utilizado quando do recebimento do combustível, permitiria à AUTUADA a apropriação do crédito ICMS na sua escrita fiscal e as “Filiais” no encerramento da apuração do ICMS, fariam o “Estorno de Débito” desse ICMS destacado nas transferências, para anular o débito do ICMS das NF-es e consequentemente não haveria ICMS a recolher nas “Filiais” remetentes. Metodologia análoga à prevista no §1º, art. 292, Decreto nº 13.780/2012, cujo procedimento é robustecido pelo art. 291 do mesmo diploma legal.

A possível utilização de procedimentos desta hipótese não haveria Prejuízos ao Erário do Estado da Bahia.

Hipótese 2:

Caso a AUTUADA ao receber as NF-es das suas “Filiais” sem destaque do ICMS, como aconteceu e emitisse uma NF-e de entrada para a “Recuperação de Crédito” já que tinha conhecimento do valor do ICMS, em face ao conhecimento prévio dos procedimentos dos cálculos para o Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9. Metodologia similar ao previsto no §2º, art. 292, Decreto nº 13.780/2012 e mais uma vez, procedimento que seria validado pelo art. 291 do mesmo diploma legal.

Da mesma forma, a possível utilização de procedimentos desta hipótese não haveria Prejuízos ao Erário do Estado da Bahia.

Procedimento Adotado pela AUTUADA:

A AUTUADA no final de cada período de apuração do ICMS, somava as quantidades associadas às transferências de suas “Filiais” de Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 e aplicava o PMPF vigente e considerado nas compras deste combustível, aplicando posteriormente 20% que representa a carga tributária efetiva do ICMS.

Dimensionado o valor do ICMS com base nos critérios anteriormente sublinhados, o valor resultante da aplicação dos 20% (Carga Tributária Efetiva), a AUTUADA registrava na Apuração do ICMS em “Outros Créditos”. Procedimento validado pelo art. 291 pelo Decreto nº 13.780/2012.

Ainda assim, a possível utilização deste procedimento não proporcionou Prejuízos ao Erário do Estado da Bahia. Ou seja, nas 3 (três) situações expostas, todas são equivalentes, entretanto com formatos de procedimentos diferentes.

Abre tópico denominado “Do Alicerce do ICMS - O Princípio da Não Cumulatividade” e diz que como sabido, o ICMS tem em sua caracterização, estrutura e forma, a metodologia de sua apuração ser não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação, Art. 28. Lei nº 7.014/96-ICMS/BA. Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

Desta forma, a prerrogativa de utilizar este princípio na apuração do ICMS na comercialização do Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 foi concedida pelo Estado da Bahia, através da Secretaria da Fazenda, em um TERMO DE ACORDO, na forma do Parecer Final nº 37.130/2019. No seu contexto, quanto à técnica na apuração do ICMS, inevitavelmente a AUTUADA tem constituído o seu direito ao crédito do ICMS, em função desse instrumento lhe personificar como “sujeito passivo por substituição tributária”. Para isso, necessita dos créditos do ICMS nas aquisições (compras e transferências) do combustível retro citado e consequentemente ter em seu ESTOQUE uma uniformização tributária no âmbito do ICMS.

Finaliza concluindo que os diversos aspectos que norteiam a lavratura do auto de infração em tela, associado com a impugnação formatada pela AUTUADA e finalmente a descrição explanada nesta Informação Fiscal, entende-se que a imputação pretendente do AUTUANTE à AUTUADA, resume-se pela justiça fiscal com uma Multa por Descumprimento de Obrigação Acessória, falta de emissão de documento fiscal (NF-e) para a “Recuperação de Crédito”, conforme §2º, Art. 292 do Decreto nº 13.780/12, cujo substrato é a evidência de que os lançamentos realizados pela autuada em sua escrita fiscal não proporcionaram prejuízos ao Erário do Estado da Bahia.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação, e diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a imposto não destacado em documento fiscal.

O sujeito passivo requer, preliminarmente, a nulidade do lançamento de ofício, por não lhe ter sido disponibilizado cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto supostamente devido, contrariando o disposto no artigo 18 do RPAF-BA.

De fato observo que não consta no PAF o demonstrativo que deu respaldo ao presente lançamento, entretanto, verifico que a descrição inserida no auto de infração é suficiente para o entendimento da imputação que está sendo feita ao contribuinte, pois encontra-se de forma clara e com a indicação de dispositivos legais dados como infringidos, o que permitiu o conhecimento da acusação fiscal e a apresentação da impugnação onde o sujeito passivo se reportou a todas notas fiscais que embasaram a acusação, inclusive, acostando cópias dos referidos documentos, conforme se verifica às fls. 11 a 17.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado, uma vez que a infração imputada

afigura-se claramente descritas e o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive, os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar sua nulidade.

No que concerne à exigência fiscal, a defesa sustenta que firmou com esta Secretaria o Termo de Acordo, previsto no art. 7º - B do Decreto nº 7.7799/2000, conforme Parecer nº 27504720190, sendo dessa forma, a partir de 08/10/2019, responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária, nas saídas internas subsequentes.

Explica que todo crédito glosado diz respeito a operações de transferências de etanol oriundas de sua filial localizada em Candeias (BA), e por não possuir, à época credenciamento e Termo de Acordo, previsto no Decreto nº 77799/00, o citado estabelecimento recebia o etanol com o imposto retido ou o recolhia por antecipação, ou seja, todo o imposto relativo às Notas Fiscais objeto do presente lançamento, no caso as de nºs 156, 157, 143, 142, 140, 141 e 139, já havia sido recolhido para o Erário baiano, conforme cópia dos DAEs, que anexou às fls. 8 a 11.

Arremata que, para uniformizar o tratamento tributário, por força do Termo de Acordo, e para que fosse tratado de forma uniforme os seus estoques, utilizou o crédito fiscal ora glosado, afirmando que não trouxe prejuízo ao Estado da Bahia, já que efetuou a retenção do imposto nas saídas subsequentes.

Reconhece ter cometido um erro formal, por falta de emissão de nota fiscal, com a natureza “recuperação de créditos”, conforme estabelecido no art. 292, §2º do RICMS/BA.

O auditor fiscal designado a prestar a Informação fiscal, em razão da aposentadoria do autuante, confirma que através do Processo Administrativo Fiscal de nº 275.047/2019-0 a AUTUADA foi denominada como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por Substituição Tributária nas Saídas Internas Subsequentes de Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9. conf. Art. 7º-B. Decreto nº 7.7799/2000.

Esclarece que as filiais da autuada, quando da compra do Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 junto às usinas domiciliadas no território da Bahia, bem como aquelas localizadas em outras Unidades Federadas, no período de 2020, preponderantemente, procediam o cálculo do ICMS/ST, com a correspondente indicação na NF-e em campo próprio (Valor do ICMS Substituição), cujo valor integrava o “Valor Total da Nota”

Nesse período, os valores do PMPF eram os referenciais para o cálculo do ICMS/ST, superando sempre a base de cálculo do ICMS/ST mensurada através das Margens de Valor Agregado (MVA), conforme determina o art. 23, §6º da Lei nº 7.014/96 (em síntese. MVA ou PMPF dos dois, o maior). Registra que a Alíquota do ICMS à época era 18% com acréscimo do Adicional Fundo de Pobreza em 2%, resultando numa Carga Tributária Final efetiva de 20%, na forma do art. 16-A. parágrafo único, inciso I, Lei nº 7.014/96.

Prossegue informando que no momento das transferências, em razão do encerramento da fase tributação do ICMS, quando das aquisições junto às usinas domiciliadas no território da Bahia, bem como, aquelas localizadas em outras Unidades Federadas, as transferências ocorreram sem tributação, com indicação nas “Informações Complementares” de que o ICMS foi recolhido por substituição tributária.

Esclarece que o autuado, em razão do Termo de Acordo, com base no art. 291 do RICMS procedeu o cálculo do ICMS/ST, utilizando o PMPF, da seguinte forma:

- (i) no final de cada período de apuração do ICMS, somava as quantidades associadas às transferências de suas “Filiais” de Etanol Hidratado Combustível, NCM/SH: 2207.10.9 e aplicava o PMPF vigente, considerado nas compras deste combustível, aplicando posteriormente 20% que representa a carga tributária efetiva do ICMS.
- (ii) Dimensionado o valor do ICMS com base nos critérios anteriormente sublinhados o valor

resultante da aplicação dos 20% (Carga Tributária Efetiva), registrava na Apuração do ICMS em “Outros Créditos”.

Apresenta mais duas hipóteses análogas à prevista no § 1º do art. 292 do Decreto nº 13.780/2012, que seria validado pelo art. 291 do mesmo dispositivo legal, e conclui que o procedimento adotado pelo defendente não proporcionou qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, resumindo apenas em um descumprimento de obrigação acessória pela falta de emissão de Nota Fiscal para recuperação de crédito, conforme previsto no §2º do art. 292 do RICMS/BA.

Ante ao exposto, constato que dúvidas inexistem de que o autuado, por ser detentor do Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7.799/2000 era o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST e assim sendo, tem direito a utilização dos créditos fiscais decorrentes das operações recebidas em transferências que, comprovadamente já haviam sido objeto de recolhimento por parte dos remetentes.

Assim é que a legislação tributária vigente, em especial o RICMS/BA, em seu art. 292, § 1º, V, c/c o § 2º, I e II, do RICMS-BA, estabelece:

*“Art. 292. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do **imposto**, que conterà, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: ‘ICMS pago por substituição tributária’ (Ajuste SINIEF 4/93).*

§ 1º Nas saídas, para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses a seguir indicadas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, quando conhecida pelo emitente do documento fiscal, ou valor superior ao preço de mercado das mercadorias, quando a base de cálculo do valor antecipado não for por ele conhecida, observada, em qualquer caso, a alíquota aplicável, devendo o remetente estornar o débito correspondente, no final do mês, no item “008 - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS:

§ 2º Não sendo o documento fiscal emitido na forma do § 1º deste artigo poderá o destinatário utilizar o crédito, nas aquisições efetuadas neste Estado, adotando os seguintes procedimentos:

I - emitir nota fiscal para este fim, tendo como natureza da operação “Recuperação de crédito”;

II - indicar ou relacionar na nota fiscal de que cuida o inciso I deste parágrafo o documento ou documentos de aquisição, e calcular sobre o valor total o crédito a ser utilizado, pela alíquota vigente para as operações internas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior ao preço de mercado das mercadorias”.

No caso sob análise observo que a filial localizada no município de Candeias (BA), emitente das Notas Fiscais nºs 156, 157, 143, 142, 140, 141 e 139, cópias às fls. 11 a 17, objeto do presente lançamento, não destacou o imposto pago anteriormente por substituição, para efeito de aproveitamento do crédito, apesar de constar no campo “Informações Complementares” que o ICMS foi recolhido por substituição tributária.

Neste caso, de acordo com o constante no § 2º acima transcrito, o sujeito passivo deveria emitir nota fiscal de entrada para efeito de “recuperação do crédito”, o que não ocorreu. Entretanto, não impede que o crédito seja utilizado, mas, impõe-se uma penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, como sugerido pelo auditor responsável pela emissão da Informação Fiscal, cabendo aplicar uma multa prevista na Lei nº 7.014/96.

Assim, tendo sido verificada a insubsistência da infração quanto à obrigação principal, é legítima a conversão da exigência fiscal em multa fixa de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96, com amparo no art. 157 do RPAF/99, in verbis:

“Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.”

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298623.0010/21-6**, lavrado contra **PETROSERRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 460,00**, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR