

**A. I. N°** - 269277.0040/08-0  
**AUTUADO** - SHELL BRASIL LTDA.  
**AUTUANTE** - OSVALDO AZEVEDO BASTOS FILHO  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** 28.12.09

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0396-05/09

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. LANÇAMENTO DO IMPOSTO O sujeito passivo não conseguiu comprovar que tomou como parâmetro para a base de cálculo utilizada no recolhimento do ICMS incidente nas operações com AEHC, realizadas no período objeto da autuação, o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), de acordo com os respectivos Atos COTEPE. Infração parcialmente elidida em razão da devolução de mercadorias objeto da autuação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia / diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 03/12/2008 e exige ICMS no valor de R\$ 25.563,99, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “a” da Lei 7.014/96, em virtude de recolhimento a menor do imposto, devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Está registrado que o contribuinte efetuou venda de álcool hidratado, calculando o ICMS com base no valor da operação, quando o correto seria utilizar o PMPF, tendo infringido o art. 515-B do RICMS/BA.

O sujeito passivo apresenta impugnação às fls. 174 a 200, através de advogados regularmente constituídos, conforme instrumentos de mandato de fls. 233 e 234.

Informa que tem como atividade precípua a distribuição, venda e revenda, atacadista e varejista, de biodiesel, derivados de petróleo e combustíveis em geral, como álcool carburante, gasolina, óleo diesel, lubrificantes e gás natural, para empresas de transporte (terrestre, aéreo e marítimo) e indústrias em geral. Sua distribuição e venda de combustível na Região Nordeste conta com o estabelecimento localizado em Jequié - BA (doc. n.º 02). Dentre os combustíveis que comercializa encontra-se o álcool etílico hidratado combustível – AEHC. Transcreve trechos dos arts. 56, 124 e 515-B do RICMS/BA e aduz que o parágrafo 2º deste último artigo foi inserido pela Alteração 110, Decreto Estadual n.º 11.336 de 25/11/08, com eficácia a partir 26/11/08.

Aponta erro no ato preparatório do lançamento, cujo termo final para pagamento foi tomado como o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, quando o correto é o dia 15 (Convênio ICMS n.º 03/99, posteriormente revogado pelo Convênio ICMS n.º 110/2007, e art. 512-A do RICMS/BA). Assevera que, ao contrário do que afirmou a Fiscalização, utilizou como base para o cálculo do imposto em questão o preço médio ponderado a consumidor final – PMPF -, divulgado pela Comissão Técnica Permanente de ICMS - COTEPE, através dos Atos COTEPE números 03/05, 01/06, 03/06, 04/06, 28/06, 29/06, 30/06, 32/06 e 33/06, e não o valor da operação, como se depreende das cópias de guias de recolhimento (doc. n.º 05).

No que se refere ao mês de fevereiro de 2005, alega que houve mais um equívoco por parte do autuante, que efetuou o lançamento de alegado débito de ICMS no valor de R\$ 405,23 (quatrocentos e cinco reais e vinte e três centavos), quando, na realidade, o valor correto supostamente devido nessa competência seria de R\$ 386,47 (trezentos e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos), em virtude da devolução das mercadorias consignadas na nota fiscal n.º 453 (doc. n.º 06), em 26/02/05, no valor de R\$ 26.013,76 (vinte e seis mil, e treze reais e vinte e seis centavos), conforme comprova a nota fiscal n.º 36639 (doc. n.º 07).

Entende que a multa aplicada é confiscatória.

Com espede no art. 39 do RPAF/99, pondera que, para que se efetue lançamento válido, é imprescindível um criterioso levantamento dos fatos, sucedido de uma precisa exposição dos acontecimentos que desaguarão no lançamento, além de uma adequada fundamentação legal e o correto balizamento do montante do suposto crédito, para que o contribuinte tenha perfeito conhecimento do raciocínio desenvolvido na interpretação das normas aplicáveis ao caso concreto, da apreensão dos eventos que envolvem a questão e, por fim, do valor do débito que lhe está sendo imputado.

Citando decisões deste Conselho de Fazenda, dispositivos legais e constitucionais, além de ensinamento de Aurélio Pitanga Seixas Filho, que discorre acerca da motivação do ato administrativo, entende que a data de vencimento do ICMS indicada pelo autuante e o montante apurado a título do imposto relativo ao mês de fevereiro de 2005 estão totalmente equivocados, motivo pelo qual pugna pela nulidade do ato administrativo por cerceamento do direito à ampla defesa.

Argumenta que a indicação de critérios equivocados de apuração do débito lançado impede o pleno exercício do direito à ampla defesa, insculpido no art. 5.º, LV da CF/88. Registra que a redação do art. 512-B do RICMS/BA em vigor à época dos acontecimentos que desaguarão na autuação, determinava que a base de cálculo do ICMS incidente nas operações com combustíveis, derivados ou não de petróleo, deveria corresponder ao PMPF, a ser divulgado quinzenalmente através de Atos COTEPE.

Diferentemente do que afirmou a Fiscalização, assevera que, em cumprimento fiel à Lei, tomou sim o PMPF como base para o cálculo do ICMS devido em virtude das operações com AEHC, tal como divulgado pelos Atos COTEPE.

Requer seja-lhe deferida a realização de perícia contábil para comprovar que a base de cálculo utilizada para recolhimento do ICMS incidente nas operações com AEHC realizadas no período objeto da autuação estão de acordo com os Atos COTEPE. Entende que o autuante utilizou como base de cálculo valores diversos dos PMPF indicados pelos Atos COTEPE (de 1º de janeiro a 15 de julho/06: R\$ 1,7000; de 16 de julho a 15 de novembro/06: R\$ 1,4900 e de 16 de novembro a dezembro/06: R\$ 1,5900).

Mais uma vez, afirmando que as sanções devem guardar uma relação de proporcionalidade com a infração, aponta o caráter confiscatório da multa aplicada.

Requer a nulidade do Auto de Infração, sua improcedência, o reconhecimento do caráter confiscatório da multa, com a sua conseqüente redução, bem como a realização de perícia contábil, tendo desde já formulados os quesitos.

Protesta pelo uso de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente pela juntada ulterior das notas fiscais de ICMS emitidas no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006, e de quaisquer outros documentos eventualmente requisitados pelo “*expert*” para dar suporte à prova pericial requerida.

O autuante, na informação fiscal de fls. 279 e 280, reputa de inócuas as razões de defesa, visto que destituídas de sustentação fática. Alega que a exigência se aplica ao período auditado, uma vez que o parágrafo 2º do art. 515-B do RICMS/BA foi inserido em 26/11/2008, através da alteração 110, sendo, portanto, posterior à ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação.

No tocante à data de vencimento da obrigação principal, concorda com o autuado e requer a alteração do vencimento do débito para o dia 15.

Conclui postulando a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o

autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputados.

No que se refere à suposta agressão ao princípio da proibição do confisco na aplicação da multa, verifico que a mesma está devidamente prevista no dispositivo legal mencionado no relatório (art. 42, II “a” da Lei 7.014/96). Portanto, a exigência é legítima e não há motivos para sua redução. Eventual inconstitucionalidade de norma legal não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de perícia, diligência e / ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS, acrescido de multa, em função de recolhimento a menor do imposto devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Assim dispõe o art. 515-B do RICMS/BA (acrescentado pela Alteração número 57 (Decreto número 9.152, de 28/07/2004, DOE de 29/07/2004)), cujo parágrafo 2º foi inserido pela Alteração número 110, através do Decreto Estadual número 11.336, de 25/11/08, com eficácia a partir 26/11/08:

*Art. 515-B: O imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias, observando-se o seguinte:*

*I - o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior;*

*II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;*

*III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação deverá ser indicado no campo ‘Dados Adicionais’ da Nota Fiscal de saída e o número desta no campo ‘Informações Complementares’ do respectivo documento de arrecadação;*

*§ 1º - Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.*

*§ 2º - Não se aplica o disposto no caput deste artigo às distribuidoras de combustíveis, como tais definidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.*

Já o art. 126, I do mesmo Regulamento, no que diz respeito às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação – a exemplo do AEHC -, dispõe que:

*Art. 126 - O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:*

*I - relativamente às operações com mercadorias, até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, quando a substituição tributária decorrer de saídas de mercadorias do estabelecimento (...)*

Da leitura do dispositivo supra, concluo que – no tocante às datas de vencimento do imposto devido -, houve erro no ato preparatório do lançamento tributário, devendo as mesmas ser em modificadas para os dias 15 dos meses posteriores aos das ocorrências dos fatos geradores.

Constato que não há dissenso entre autuante e autuado sobre o fato de que o imposto deveria ter sido recolhido com base no PMPF. Todavia, a acusação é de que assim não foi feito, que é refutada pelo sujeito passivo, uma vez que afirma ter recolhido corretamente o tributo no período objeto da autuação.

Da análise dos elementos constantes dos autos, percebo que o contribuinte não fez prova, conforme suas alegações, de que recolheu corretamente o ICMS. À fl. 100, juntou cópia de apenas uma nota fiscal, de 24/02/2005, com valor unitário de 1,6861, enquanto o PMPF nesta data era de 1,7000 (em reais). Consta do corpo do mencionado documento fiscal que este foi “anulado”, tendo sido emitida a nota fiscal de entrada número 453, com valor unitário do AEHC também de 1,6861 para o AEHC (fl. 274). Como dito, entendo que não se faz necessária a perícia. Para o autuado fundamentar as suas razões e comprová-las, bastaria trazer ao processo cópias das notas fiscais de saída do produto sob comento, demonstrando que, de fato, utilizou a base de cálculo determinada na legislação. Afirmções genéricas e destituídas de documentos não são capazes de elidir a presunção relativa de veracidade da acusação fiscal, em obediência ao quanto disposto no art. 142 do RPAF/99:

*Art. 142 - A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Por outro lado, o autuante colacionou cópia do Livro Registro de Saídas de Mercadorias do sujeito passivo, onde restam consignados os números e valores das notas fiscais objeto da autuação, bem como demonstrativos do débito apurado, com os números das notas fiscais, as bases de cálculo utilizadas, as bases de cálculo corretas, o imposto devido e demais informações (fls. 06 a 172). Os valores de PMPF registrados em tais demonstrativos, ao contrário do que afirma o contribuinte, estão corretos e correspondem àqueles estabelecidos nos respectivos Atos COTEPE.

Quanto ao mês de fevereiro de 2005, alega o contribuinte equívoco na auditoria, por lançamento de débito de ICMS no valor de R\$ 405,23 (quatrocentos e cinco reais e vinte e três centavos), quando, na realidade, o valor correto supostamente devido nessa competência seria de R\$ 386,47 (trezentos e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos), em virtude da devolução das mercadorias consignadas na nota fiscal n.º 453 (doc. n.º 06), em 26/02/05, no valor de R\$ 26.013,76 (vinte e seis mil, e treze reais e vinte e seis centavos), como entende comprovar a nota fiscal n.º 36.639 (doc. n.º 07).

Assiste razão ao sujeito passivo. Com efeito, a nota fiscal de número 36.639 (doc. n.º 07) foi cancelada e substituída pela de número 453 (NF de entrada, fl. 274), cujos valores devem ser expurgados do demonstrativo de fl. 06 do PAF, concernente ao mês de fevereiro de 2005. Assim, o ICMS exigido referente a fevereiro de 2005, no valor de R\$ 405,23 (quatrocentos e cinco reais e vinte e três centavos), deve ser diminuído para R\$ 386,47 (trezentos e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 25.545,23, sendo que as datas de vencimento das quantias devidas, que estão registradas às fls. 01 e 02 como sendo nos dias 09, devem ser alteradas para os dias 15 dos mesmos meses.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **269277.0040/08-0**, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 25.545,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “a” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA