

A. I. N° - 206960.0035/09-1
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 12.05.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0115-04/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESCRITURADO NOS LIVROS PRÓPRIOS. Não comprovado que deixou de aproveitar créditos fiscais na apuração do imposto escriturado no livro próprio. Declarado nulo o valor exigido relativo ao ICMS devido por substituição tributária em razão de falta de fundamentação legal. Infração subsistente em parte. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Comprovado que na apuração do ICMS devido por substituição a base de cálculo foi apurada incorretamente. Infração não elidida. **c)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/09, exige ICMS no valor de R\$2.389.042,72, acrescido de multas de 50% e 60% em decorrência das seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS (Normal e Substituição Tributária) no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios de Apuração do ICMS, Registro de Entradas, Registro de Saídas e nas DMAs - R\$1.032.482,03.
02. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que o recolhimento a menos decorre de “erro na determinação da base de cálculo do ICMS normal registrados nas NFe e utilizado no cálculo do ICMS-ST, por ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS Normal. O ICMS normal foi lançado corretamente no livro Registro de Saídas” - R\$1.355.974,35.
03. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição dos fatos que se refere ao ICMS-ST da NFe 2421 de saída - R\$586,34.

O autuado na defesa apresentada (fls. 166/171) inicialmente tece comentários sobre as infrações e diz que não praticou qualquer infração à legislação tributária do ICMS nas operações tributáveis com o álcool etílico hidratado combustível (AEHC), devidamente registradas nos livros fiscais.

Argumenta que com a instalação da empresa, houve problemas de erro de escrituração da contabilidade, de forma que o débito da empresa não alcança os valores encontrados na autuação.

Afirma que os créditos fiscais decorrentes das entradas de mercadorias contabilizados significando uma redução do débito apurado pela fis

prevaleça, deve ser considerada a sua boa-fé que sempre lançou todos os valores de débitos na sua escrita contábil e declarou isto ao Fisco.

Pondera que no cálculo do imposto exigido foi utilizada uma pauta fiscal fictícia, muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, visto que no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido ao consumidor com preço de R\$2,00, chega a ser distribuída a R\$ 0,91 o litro, enquanto o Estado presume preço de venda de R\$2,00, o que é completamente descabido, presumindo margem de lucro superior a 110%, ficando fora da realidade do mercado.

Transcreve ementa do Acórdão RMS 16.810/PA julgado em 03/10/06 pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo Relator foi o Ministro LUIZ FUX, decidindo pela suspensão dos efeitos da Port. 788 da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, estabelecendo cobrança do ICMS com base em pauta fiscal. Requer que se entenda que o débito subsiste que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado.

Solicita ainda, que se mantida a infração, que sejam excluídos a multa e os juros imputados, em vista de ter agido com boa-fé, ao registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia de acordo com o art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF.

Quanto à infração 2, afirma que não “incluiu indevidamente o desconto incondicional na Base de Cálculo do ICMS normal” nem houve erro na determinação da base de cálculo na apuração do tributo, em razão de que preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo, como é determinado pelo Fisco.

Afirma que para verificar esse fato, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor deste não é sequer computado pelo *software* na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte justamente para que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, diminuição da arrecadação tributária.

Questiona se o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica disponibilizado pelo Fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, como seria possível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo.

Com relação à infração 3, reconhece que por um lapso, ocorreu um erro de contabilidade quando da emissão da Nota Fiscal eletrônica, o que resultou na infração discutida. Por fim, requer que seja afastada a incidência da multa de 60%, diante da existência de erro não intencional de lesionar o erário público. Requer à improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes na sua informação fiscal (fls. 206/212), inicialmente descrevem às infrações, tecem comentários sobre os argumentos defensivos e dizem que as argumentações são inócuas, visto que não há sustentação fática em suas alegações, conforme tentará provar a seguir.

Com relação à infração 1, afirmam que as alegações são inconsistentes e desprovidas de razão para justificar o cometimento da infração. Dizem que pela análise dos conteúdos se aproximam mais de uma confissão do débito tributário, do que de uma argumentação de defesa.

Asseveram que não foi apresentada qualquer prova contestando os valores levantados e no item “d” apresenta alegações improcedentes, quais sejam: pauta fiscal fictícia, além da realidade do mercado de combustíveis, portanto, imprópria para apurar o tributo a ser recolhido.

Ressaltam que a aplicação da Pauta Fiscal, encontra-se fundamentada no Protocolo ICMS 17/04, Cláusula Segunda, Item I, legalmente recepcionado pelo RICMS-BA, no art. 515-C, e o art. 73, conforme transcreveram à fl. 209 e, portanto, as argumentações são totalmente descabidas e incapazes de justificar o descumprimento da obrigação principal do contribuinte.

Com relação ao pedido de exclusão das multas e juros, afirmam que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, visto que u

legislação tributária, dado ao nível de instrução e as condições adversas do local da infração. Salientam que no caso em questão, é apenas o cumprimento da Instrução Normativa 34/2007 da SEFAZ-BAHIA que determina qual é o valor da Pauta Fiscal para o litro de AEHC.

No tocante à infração 2, afirma que é descabida a alegação defensiva de que não houve erro na determinação da base de cálculo e que “o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica, impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS”.

Afirmam que os valores dos campos da Nota Fiscal Eletrônica sobre os quais são calculados os valores dos impostos são apontados pelo contribuinte, sob a sua total responsabilidade pela veracidade ou não desses valores.

Ressaltam que o art. 54, II do RICMS/BA, que fundamenta a ação fiscal e comprova a infração estabelece que os descontos relativos ao valor das operações ou prestações, serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos.

Como prova inconteste de que o autuado utilizou de artifício ilegal para reduzir o ICMS-ST dizem que anexaram ao AI documentos comprobatórios do cometimento da infração, a exemplo da cópia da NFe 2886 (fl. 154 e verso da fl. 81) da Planilha de Cálculo da Diferença do ICMS-ST a Recolher. Afirmam que a citada NFe, indica os valores registrados pelo autuado nos campos próprios e os cálculos corretos do ICMS normal, do ICMS-ST e da Diferença do ICMS-ST a Recolher, cuja escrituração no livro Registro de Saídas foi feito conforme documento juntado à fl. 134.

Atentam que na NFe 2886 verifica-se que, no campo “Valor Total de Descontos” está registrado o valor de R\$850,00, no campo “Valor do ICMS” esta registrado o valor de R\$1.674,85, no campo “Base de Cálculo ICMS” está registrado o valor de R\$8.815,00, e no campo “Valor Total da NFe” está registrado o valor de R\$8.000,15. Ressaltam que o artifício ilegal utilizado fica claramente evidenciado pelo fato da mesma ter registrado na NFe o valor da “Base de Cálculo ICMS” (R\$8.815,00) maior do que o “Valor total da NFe” (R\$8.000,15).

Este fato se repete em todas as NFe’s de Saídas a partir de 04/fev/09, tendo sido apurado os valores corretos na Planilha de Cálculo da Diferença do ICMS-ST a Recolher (verso da fl. 81 do PAF) relativos aos valores da BC ICMS Normal - R\$7.965,00 e do ICMS Normal – R\$1.513,35, sendo que o valor correto da Base de Cálculo do ICMS Normal é R\$7.965,00 que corresponde a diferença entre o valor da “Base de Cálculo ICMS” de R\$8.815,00 e o “Valor Total de Descontos” de R\$850,00, ambos registrados na NFe 2886: $(8.815 - 850 = 7.965)$.

Afirmam que o impugnante inseriu indevidamente o valor do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS Normal, reduzindo de forma ilegal o valor do ICMS-ST a ser recolhido pelas operações de vendas do produto AEHC.

Argumentam que outra prova irrefutável do cometimento da infração se constata através do livro Registro de Saídas (fl. 134 do PAF) onde se encontra o registro contábil da referida NFe, registrando na coluna “Base de Cálculo” o valor de R\$7.965,00, que corresponde ao valor da Base de Cálculo do ICMS Normal, e na coluna “Imposto Debitado” o valor do ICMS Normal de R\$1.513,35, valores estes que são iguais aos calculados na Planilha de Cálculo da Diferença do ICMS-ST a Recolher (verso da fl. 81 do PAF): R\$7.965,00 e R\$1.513,35.

Ressaltam que a coincidência entre os valores da base de cálculo do ICMS Normal registrados no livro de Saídas e os calculados na Planilha, repetem-se para todas as NFe’s de Saídas, conforme cópias do livro de Registro às fls. 125 a 150 do PAF e comparando com os valores calculados na Planilha de cálculo da Diferença do ICMS-ST a Recolher.

Observam que os valores da Base de Cálculo do ICMS Normal e do ICMS Normal registrados na NFe do estabelecimento autuado são diferentes dos valores reg conforme quadro demonstrativo à fl. 211 relativo a NFe 2886.

Destacam que a partir de 01/02/09 com a edição do Dec. 11336/08 com efeitos a partir de 01/02/09 o prazo para recolhimento do ICMS nas operações de saídas do AEHC (ICMS-ST), conforme disposto no art. 126, IV do RICMS/BA, passou a ser exigido a cada operação realizada e o estabelecimento autuado passou a utilizar de artifício ilegal a partir de 04/02/09, reduzindo substancialmente o valor do ICMS-ST nas vendas do AEHC, Com isso escapa da fiscalização de trânsito de mercadorias, pois apresenta o DAE de recolhimento a cada operação.

Esclarecem ainda que antes da alteração do art. 126, IV do RICMS/BA, o estabelecimento autuado não recolhia o ICMS-ST nas operações de saídas, o que motivou a lavratura do Auto de Infração 206960.0029/09-1 e que não recolhe o ICMS Normal desde o início de suas atividades no Estado da Bahia. Diante das explanações apresentadas, afirmam que restou provado o cometimento da infração e improcedente as alegações defensivas.

Relativamente à infração 3, ressaltam que foi reconhecida pelo autuado, requerendo apenas a não incidência da multa de 60%, que não encontra sustentação legal para ser atendida. Ratificam toda a ação fiscal, e pedem que seja julgado procedente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo e pela falta de retenção e recolhimento do ICMS.

Relativamente à infração 1, o autuado alegou ter cometido erro de escrituração na contabilidade, pelo não aproveitamento de créditos fiscais decorrentes das entradas de mercadorias.

Verifico que conforme demonstrativo à fl. 9, foram juntadas cópias do livro de Apuração do ICMS às fls. 10 a 22 nas quais constam os valores autuados apurados pelo próprio contribuinte. Constatado também que no resumo do citado livro constam os créditos fiscais relativos às entradas das mercadorias e não foi juntado com a defesa qualquer documento que comprovasse o não aproveitamento de créditos fiscais no período fiscalizado. Por isso, não acato o argumento defensivo, em razão da não apresentação de provas quanto ao alegado.

Com relação à alegação de que no cálculo do imposto exigido foi utilizada uma pauta fiscal fictícia, também não pode ser acatada tendo em vista que a base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados no livro RAICMS conforme demonstrativo à fl. 9. Além disso, a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com base em pauta fiscal é prevista na Cláusula Segunda, I do Protocolo ICMS 17/04 e o valor estabelecido na IN 34/07. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia, não havendo qualquer ilegalidade. Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros entendo que não se justifica, visto que não foi trazido ao processo qualquer prova de que tenha interpretado de forma incorreta a legislação, por ignorância da legislação tributária. De qualquer forma, não deve ser apreciado tal pedido nesta instância administrativa, visto que o pedido deve ser encaminhado à Câmara Superior do CONSEF, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, §2º do RPAF/BA.

Ressalto que de acordo com o art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações e não o tendo feito, deve ser considerada verdadeira a acusação com base nas provas juntadas ao processo.

Entretanto, da análise dos elementos contidos no processo verifico indica falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamer

escrituradas nos livros próprios, tendo indicado como enquadramento o art. 124, I do RICMS/BA e aplicado multa de 50% prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96. Já o demonstrativo à fl. 9 indica falta de recolhimento do ICMS Normal e ICMS Substituição Tributária. Ocorre que o enquadramento e multa aplicada são pertinentes à falta de recolhimento do ICMS Normal no prazo regulamentar, tendo em vista que a multa prevista para a retenção do imposto pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente é de 150% (art. 42, V da Lei nº 7.014/96) e o prazo de recolhimento não é o previsto no art. 124 e sim no art. 126 do RICMS/BA.

Pelo exposto, considerando a correta descrição da infração, enquadramento e tipificação da multa ficam mantidos os valores exigidos relativos ao ICMS Normal totalizando R\$396.459,45 conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base Cálculo	Aliq.	Multa %	Valor/Real	Fl.
31/01/09	09/02/09	1.022.733,21	19,00	50	194.319,31	12
28/02/09	09/03/09	351.426,58	19,00	50	66.771,05	17
31/03/09	09/04/09	712.468,89	19,00	50	135.369,09	22
Total					396.459,45	

Quanto ao valor exigido relativo ao ICMS devido por substituição no valor de R\$636.022,58 apurado no livro RAICMS (FL. 13) e indicado no demonstrativo à fl. 9 declaro nula a sua exigibilidade face a falta de fundamentação legal do enquadramento e indicação incorreta da multa. Represento à autoridade administrativa para mandar renovar o procedimento fiscal a salvo de equívocos. Infração procedente em parte.

Quanto à infração 2, na defesa apresentada o autuado alegou não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, o que foi contestado pelos autuantes.

Como apreciado na infração anterior, o ICMS-ST de AEHC é apurado com base na Pauta Fiscal (Prot. ICMS 17/04 e IN 34/07) que no período fiscalizado era de R\$1,80 por litro.

Constato que no demonstrativo às fls. 66/82verso, relativo ao mês de janeiro/09 o autuado não incluiu qualquer valor na apuração do ICMS-ST e os autuantes não identificaram erro na apuração do tributo, o que foi exigido na infração 1 (escriturado e não recolhido).

O mesmo procedimento ocorreu nos três dias iniciais do mês de fevereiro (fls. 81 e verso) conforme destacado nas notas fiscais de números 2830 a 2882. Já a partir da nota fiscal 2884 para 10.000 litros do produto a base de cálculo estabelecida seria de R\$18.000,00 (R\$1,80 por litro), entretanto com a inclusão do valor do desconto incondicional de R\$1.700,00 foi reduzido em R\$323,00 ($R\$1.700,00 \times 19\%$) o valor do ICMS-ST. Este procedimento irregular foi praticado em relação às demais notas fiscais relacionadas pelos autuantes nos demonstrativos às fls. 82 a 123.

Por isso, não pode ser acatado o argumento defensivo de que os campos do software de emissão das notas fiscais eletrônicas (NFe) não possibilitam a inclusão do desconto incondicional na base de Cálculo do ICMS normal, a exemplo da NFe 2886 (fl. 154), registrando, Valor Total da NFe de R\$8.000,15 que é menor que o Valor total da NFe de R\$8.000,15 sendo que o valor correto da Base de Cálculo do ICMS Normal que é R\$7.965,00 que corresponde a diferença entre o valor da “Base de Cálculo ICMS” de R\$8.815,00 e o “Valor Total de Descontos” de R\$850,00, ambos registrados na NFe 2886: ($R\$8.815,00 - 850,00 = R\$7.965,00$).

Pelo exposto, restou comprovado que o autuado não demonstrou a correção na apuração do imposto diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, juntados ao processo, cujas cópias lhes foram entregues. Infração procedente.

Com relação à infração 3, o cometimento da mesma foi reconhecida pelo impugnante na sua defesa e deve ser mantida. Quanto ao pedido de dispensa da multa, não pode ser acolhido tendo em vista que a multa decorre de obrigação principal, e sua apr
Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, §

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 **206960.0035/09-1**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.753.020,14**, acrescido das multas de 50% sobre R\$396.459,45 e de 60% sobre R\$1.356.560,69, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR