

A. I. Nº - 206960.0040/09-5
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 11.08.10

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-04/10

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO CALCULADO DE ACORDO COM O REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Os autuantes revisaram os cálculos do tributo devido, retirando dos mesmos as quantias referentes aos descontos incondicionais, posto que já consideradas na infração 03. Infração parcialmente elidida. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Ilícito tributário não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NÃO ESCRITURADO NOS LIVROS PRÓPRIOS. Não comprovado que o autuado deixou de aproveitar créditos fiscais na apuração do imposto escriturado no livro próprio. Infração caracterizada. **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 caracterizada. **c)** RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. Ilícito tributário não impugnado. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/12/2009 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 4.776.131,32, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS normal lançado no livro Registro de Apuração e nas DMA's. Demonstrativo à fl. 10. Valor exigido de R\$ 2.965.116,71 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, "a" da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Omissão de recolhimento do imposto por substituição lançado nas notas fiscais eletrônicas nas operações de saídas do produto AEHC, em razão da falta de escrituração das mesmas no livro Registro de Saídas. Valor exigido de R\$ 246,06 e multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a" da Lei nº 7.014/96.
- 3- Retenção a menos do imposto, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes ~~ras vendas de combustíveis e lubrificantes~~ para contribuintes localizados neste Estado. ICMS-s- em virtude de erro na determinação da base de cálculo do imp

ilegalmente o valor do desconto incondicional na sua composição, conseguindo, com esse artifício, que o valor da base de cálculo do ICMS normal fosse maior do que o valor total das notas fiscais eletrônicas, reduzindo assim a quantia do ICMS-ST. Valor exigido de R\$ 1.797.714,60 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

- 4- Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do tributo referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Omissão de recolhimento do ICMS normal nas operações de saídas do produto AEHC, em razão da falta de escrituração das notas fiscais eletrônicas no livro Registro de Saídas, em ofensa aos arts. 319, 323 e 683, II do RICMS/BA. Valor exigido de R\$ 7.562,84 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 5- Retenção a menos do imposto, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. ICMS-ST retido a menos e não recolhido, em razão da falta de escrituração das notas fiscais eletrônicas no livro Registro de Saídas. Valor exigido de R\$ 5.491,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, na defesa apresentada, de fls. 216 a 226, inicialmente descreve as infrações e diz que a autuação é totalmente improcedente, pois não praticou os ilícitos tributários que lhe foram imputados.

Aduz que, com a instalação da pessoa jurídica, houve problemas de erros na escrituração da contabilidade, de forma que o débito da sociedade empresária não alcança os valores encontrados na autuação.

Quanto à infração 03, argumenta que não incluiu indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS normal, nem houve equívoco na determinação da mesma quando da apuração do tributo, em função do fato de ter preenchido os campos das notas fiscais e do próprio *software* do Estado da Bahia ter gerado o cálculo, como é determinado pelo Fisco.

Afirma que, para verificar essa situação, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da nota fiscal eletrônica, de forma a constatar que o valor deste não é sequer computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte, justamente para que não ocorra a diminuição da base de tributação do ICMS, e consequente diminuição da arrecadação tributária.

Assevera que o programa de emissão de nota fiscal eletrônica disponibilizado pelo Fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de tributação do tributo em baila.

Na sua linha de argumentação, há de se observar que, caso seja desconsiderado o desconto incondicional por si efetuado, acarretando o aumento da base de cálculo do ICMS-ST, necessariamente dever-se-á proceder à redução da base do imposto normal, diminuindo-se substancialmente a infração 01, uma vez que o desconto incondicional aumenta esta (base de cálculo) e diminui aquela.

Com relação à acusação dos autuantes de que conseguiu, “*com esse artifício, que o valor da base de cálculo do ICMS normal fosse maior do que o valor total das notas fiscais eletrônicas, reduzindo assim a quantia do ICMS-ST*”, assevera que o fato do valor do imposto a recolher ser maior do que o valor total da nota fiscal não decorre do desconto incondicional, mas da absurda pauta utilizada pelo Estado da Bahia, que supera os preços de mercado.

No território baiano, o litro do AEHC nunca foi vendido ao consumidor com o preço de R\$ 2,00. Chega a ser distribuído a R\$ 0,91 o litro, enquanto o Estado presume preço de venda de R\$ 2,00, o que é completamente descabido, pois presume margem de lucro superior a 110%, metodologia que está fora da realidade de mercado.

Transcreve ementa do Acórdão RMS 16.810/PA, julgado em 03/10/2006 pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o ministro Luiz Fux, decidindo pela suspensão dos efeitos da Portaria 788 da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, que estabelecia cot pauta fiscal.

Requer, no caso de ser entendido que o débito subsiste, seja feita 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, 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, com fundamento no art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF/99.

Encerra pleiteando a improcedência do lançamento de ofício.

Os autuantes, na informação fiscal de fls. 263 a 270, inicialmente descrevem as infrações, tecem comentários sobre as razões defensivas e dizem que as argumentações são inócuas, visto que não há sustentação.

Com relação às infrações 01 e 02, afirmam que as alegações são inconsistentes e desprovidas de razão para justificar o cometimento dos ilícitos. Dizem que o conteúdo das alegações da impugnação aproxima as mesmas mais de uma confissão de débito tributário do que de uma argumentação de defesa.

Em relação à infração 03, transcrevendo o art. 54, II do RICMS/BA, entendem que não merecem acolhimento as alegações do impugnante.

Afirmam que os valores dos campos da nota fiscal eletrônica sobre os quais são calculados os valores dos impostos são apontados pelo contribuinte, sob sua total responsabilidade pela veracidade ou não desses valores.

Pontuam 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 no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos.

No que tange à afirmação defensiva de que, “*caso seja desconsiderado o desconto incondicional por si efetuado, acarretando o aumento da base de cálculo do ICMS-ST, necessariamente dever-se-á proceder à redução da base de cálculo do imposto normal*”, informam que elaboraram nova planilha de débito do ICMS normal à fl. 271, relativa à infração 01, subtraindo as quantias da diferença a menor do ICMS-ST dos meses de junho, julho e agosto de 2009, levantado no demonstrativo de fls. 34 a 75. Assim, o valor devido na infração 01 ficou reduzido de R\$ 2.965.116,71 para R\$ 1.167.402,11.

Ressaltam que o sujeito passivo nunca recolheu o ICMS normal, desde o início de suas atividades neste Estado.

As razões apresentadas concernentes à base de cálculo do imposto normal também seriam descabidas, pois não há previsão legal para incluir desconto incondicional na mesma, que não pode ultrapassar a quantia total designada no documento fiscal (fls. 76 a 89).

Em seguida, assinalam que a partir de 16/08/2004 o cálculo do imposto nas saídas de AEHC é efetuado utilizando o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), determinado através de Ato COTEPE. Não é pauta fiscal, como aduziu o defendant, pelo que concluem serem inócuas as suas argumentações.

A partir de 01/02/2009, com a edição do Decreto 11.336/2008, com efeitos a partir de 01/02/2009, o recolhimento do ICMS-ST nas operações de saídas do AEHC passou a ser a cada operação realizada, e o estabelecimento autuado tem usado artifício ilegal, desde 04/02/2009, 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.

Como prova de que o autuado utilizou artifício ilegal para reduzir o ICMS-ST, dizem que anexaram ao AI documentos comprobatórios do cometimento da infração, a exemplo da cópia da nota fiscal eletrônica 5.471. Na fl. 34 do processo está a Planilha ICMS-ST a Recolher. Na primeira linha encontra-se o documento 1 valores registrados pelo defendant e os cálculos corretos do ICM

como da diferença de ICMS-ST a recolher. À fl. 119 encontra-se cópia do livro Registro de Saídas, no qual esta nota fiscal foi lançada.

Na nota fiscal eletrônica 5.471 verifica-se que no campo VALOR TOTAL DE DESCONTOS está registrada a quantia de R\$ 3.150,00; no campo VALOR DO ICMS o montante de R\$ 1.674,85; no campo BASE DE CÁLCULO DO ICMS registra-se R\$ 8.815,00, maior do que o valor do documento fiscal, que é de R\$ 5.700,15, fato que se repete a partir de 04/02/2009, inclusive no período autuado.

Na Planilha de Cálculo da Diferença do ICMS-ST a Recolher (fl. 34) estão designados os valores corretos da base de cálculo do imposto normal e substituído.

À fl. 269 trazem um exemplo de como o contribuinte efetuou incorretamente a tributação, com o fim de reduzir as quantias a recolher a título de ICMS-ST.

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.

Não se pronunciam acerca das duas últimas infrações, visto que não foram objeto de impugnação.

VOTO

Em razão de as infrações 04 e 05 não terem sido impugnadas, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento. Infrações mantidas.

O pedido do defendant de que seja refeita a quantificação dos valores, em função do fato de não concordar com a pauta fiscal, em verdade é um pleito de diligência, e não pode ser acatado. Não há razões para o seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbra equívocos ou elementos de dúvidas que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Com referência à base de cálculo e à pauta fiscal, de acordo com o que adiante será exposto e fundamentado, também não configuram motivos para revisão fiscal.

A infração 01 exige o assim chamado ICMS normal, em virtude de o autuado ter lançado o imposto no Livro Registro de Apuração e não tê-lo recolhido (fl. 10).

Ocorre que a base de cálculo do tributo destacado no mencionado Livro Fiscal estava “inflada” pela indevida inclusão dos descontos incondicionais na mesma, em afronta ao art. 54, II do RICMS/BA, fato que também repercutiu na valoração do ICMS-ST (infração 03), visto que o minorou.

Quanto ao argumento defensivo de que a desconsideração do desconto incondicional aumenta a base de cálculo do ICMS-ST e reduz a base de cálculo do ICMS normal (infração 01), observo que, de forma a evitar o “bis in idem”, à fl. 271, os autuantes revisaram os cálculos do tributo devido, retirando dos mesmos as quantias referentes aos mencionados descontos, posto que já consideradas na infração 03. Acato o levantamento de fl. 271, elaborado pelos autuantes quando da informação fiscal, de maneira que o valor devido na infração 01 fica reduzido de R\$ 2.965.116,71 para R\$ 1.167.402,11.

Infração 01 parcialmente elidida.

No tocante à infração 02, de acordo com os fundamentos a seguir expostos, que também valem para as demais, concluo que não merecem acolhimento as alusões de defesa referentes à pauta fiscal.

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 17/2004, cujo valor é valor estabelecido na IN 34/2007.

Portanto, a 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 está incluída na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade da legislação estadual.

Não foi comprovado pelo autuado, conforme aduziu na impugnação, que existem créditos fiscais na apuração do imposto escriturado no livro próprio.

Infração 02 caracterizada.

No que se refere à infração 03, na defesa apresentada o autuado alegou não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, o que foi contestado e provado 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, valor utilizado pelos autuantes nos levantamentos.

Ao compulsar os elementos constantes dos autos, verifica-se, por exemplo, que a nota fiscal eletrônica 5.471, cuja cópia encontra-se à fl. 76 do PAF, foi considerada no demonstrativo de fl. 34 (primeira linha). Analisando os citados documentos, constato que o ICMS devido por substituição tributária restou ilegalmente diminuído para o valor de R\$ 35,15, quando o correto seria R\$ 633,35, já que a base de cálculo do ICMS-ST é de R\$ 9.000,00 (considerando-se 5.000 litros ao preço de R\$ 1,80 por litro). Isso ocorreu em função da majoração do imposto normal, que também se deu de forma ilegal, tendo-se em vista a inclusão na sua base de cálculo do valor concernente ao desconto incondicional, como dito, em afronta ao art. 54, II do RICMS/BA.

Idêntica irregularidade é constatável em todos os documentos fiscais consignados nos levantamentos elaborados pela fiscalização.

Por isso, não pode ser acatado o argumento defensivo de que os campos do software de emissão das notas fiscais eletrônicas não possibilitam a inclusão do desconto incondicional na base de cálculo.

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.

Ficou cristalinamente demonstrado, isto sim, que na apuração do ICMS devido por substituição a base de cálculo foi apurada incorretamente.

Infração 03 caracterizada.

Quanto ao pleito de exclusão das multas e juros, entendo que não se justifica, visto que não foi trazido ao processo qualquer prova de que o impugnante tenha interpretado de forma incorreta as normas vigentes, por ignorância da legislação tributária. De qualquer forma, não pode ser apreciado tal requerimento nesta instância administrativa, visto que 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.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 2.978.416,72.

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 206960.0040/09-5, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 2.978.416,72, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 1.167.402,11, 60% sobre R\$ 1.803.205,71, 70% sobre R\$ 7.562,84 e 150% sobre R\$ 246,06, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a” e “e”, III e V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício desta decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea ‘a’, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO I

FRANCISCO ATANÁ