

A. I. Nº - 206960.0041/09-1

AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE DE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA

ORIGEM - SAT/COPEC

INTERNET - 03.09.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0251-04/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo comprovam que o imposto retido foi apurado pelo contribuinte em desacordo com o previsto na legislação tributária. Infração subsistente. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EM DECORRÊNCIA DE NÃO ESCRITURACAO DE NOTAS FISCAIS EM LIVROS FISCAIS. Infrações 2 e 3 não defendidas. Infrações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/09, exige ICMS no valor de R\$43.046,24, acrescido de multas de 60% e 70% |em decorrência das seguintes infrações:

01. Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição dos fatos que incluiu indevidamente o desconto incondicional na composição da base de cálculo do ICMS Normal, reduzindo indevidamente o ICMS-ST nas de saídas do produto AEHC - R\$41.146,24.
02. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição dos fatos que se refere ao ICMS-ST não retido por falta de escrituração da NFe no livro Registro de Saídas - R\$690,95.
03. Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, devido a falta de escrituração da NFe no livro Registro de Saídas - R\$1.209,35.

O autuado na defesa apresentada (fls. 60/75) 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.

Quanto à infração 1, 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 r

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 seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, como seria possível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo.

Contesta os cálculos efetuados pela fiscalização utilizando 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 entendido 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.

Alem disso, requer que seja excluída 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. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes na sua informação fiscal (fls. 206/212), inicialmente descrevem as 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.

No tocante à infração 1, afirmam 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 sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS”.

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.

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 e que o software apenas verifica o preenchimento de alguns campos obrigatórios e autoriza ou não a emissão da NFe, mas não elabora cálculos do imposto, nem confere os valores informados pelo contribuinte.

Destacam que o estabelecimento autuado iniciou este procedimento ilegal através da filial de Itabuna (IE 78.027.360), 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.

Salienta que o estabelecimento autuado e a filial de Itabuna não recolhem o ICMS Normal desde o início de suas atividades no Estado da Bahia.

Esclarecem ainda que a partir de 16/08/04 o cálculo do AEHC é efetuado utilizando o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), determinado através de ATO COTEPE (Comissão Técnica Permanente do ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ) e não pauta fiscal como alegado pelo defendant.

Alegam que se eximem de comentar sobre o PMPF, tendo em vista que não se trata de matéria de interpretação da legislação tributaria e sim de valor fixo a ser utilizá

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 utilizam serviços terceirizados e próprios de contabilidade, o que injustifica a alegação de dúvida ou ignorância na interpretação da 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 do disposto no art. 54, II do RICMS/BA que determina a dedução de descontos na base de cálculo do ICMS.

Concluem afirmando que de acordo com as explanações o autuado cometeu a infração apontada e suas alegações são totalmente improcedentes.

Relativamente às infrações 2 e 3, ressaltam que na defesa não foi apresentada quaisquer alegações o que leva a concluir que concorda com as mesmas. Ratificam toda a ação fiscal, e pedem que seja julgado procedente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à retenção e recolhimento a menos do ICMS, e falta de retenção e recolhimento do ICMS relativo à NFe não escriturada nos livros fiscais próprios.

Relativamente às infrações 2 e 3, na defesa apresentada o autuado não fez qualquer contestação o que tacitamente implica no seu acatamento. Portanto, inexistindo controvérsia, devem ser mantidas na sua integralidade. Infrações caracterizadas.

Quanto à infração 1, na defesa apresentada (fls. 60/75) o autuado alegou que calculou o imposto corretamente e que na apuração do ICMS-ST feito pela fiscalização foi utilizada pauta fiscal fictícia que não corresponde à realidade do mercado.

Verifico que conforme previsto nos artigos 512-A e 512-B, IV do RICMS/BA, nas operações com AEHC, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) estabelecido no Convênio ICMS 100/02; 140/04 e 110/07 publicado quinzenalmente através de Ato COTEPE.

Constato que conforme demonstrativo à fl. 10, os autuantes na apuração da base de cálculo do ICMS-ST das operações internas com AEHC utilizaram o (PMPF), determinado através de ATO COTEPE que no mês de agosto/09 era de R\$2,00. 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 constitucionalidade da legislação estadual.

Observo que pelo confronto do demonstrativo elaborado pelos autuantes com o espelho da NFe constante do Portal da Nota Fiscal Eletrônica (fls. 10 e 13/27), tomando como exemplo a NFe 12 para 8.000 litros de AEHC, a base de cálculo estabelecida para o cálculo do ICMS-ST seria de R\$16.000,00 (R\$2,00 por litro), entretanto com a inclusão do valor do desconto incondicional de R\$5.760,00 o valor do ICMS-ST foi reduzido para R\$56,24 (R\$296,00 x 19%). Este procedimento irregular foi praticado em relação às demais notas fiscais relacionadas pelos autuantes nos demonstrativos às fls. 10 a 12, nos quais o ICMS-ST foi apurado com base no PMPF de R\$2,00 determinado por ATO COTEPE.

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, tendo em vista que na apuração do ICMS-ST o estabelecimento autuado utilizou base de cálculo não prevista na legislação do imposto.

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

Quanto ao pedido de dispensa da multa, não pode ser acolhido tendo em vista que a multa decorre de obrigação principal, e sua apreciação é de competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159.

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, §§1º e 2º e art. 169, § 1º 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. Infração procedente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0041/09-1, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$43.046,24, acrescido das multas de 60% sobre R\$41.836,89 e 70% sobre R\$1.209,35, previstas no art. 42, II, “e” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILÓ REIS LOPES – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR