

A. I. Nº - 206960.0020/10-8

AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA

ORIGEM - SAT/COPEC

INTERNET - 10.12.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0385-04/10

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO CALCULADO DE ACORDO COM O REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Comprovado que o sujeito passivo lançou o imposto no Livro Registro de Apuração do ICMS, com a base de cálculo majorada, e não o recolheu. Infração caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Demonstrado, nos autos, que com a majoração ilegal da base de cálculo do ICMS próprio, o imposto devido por substituição tributária foi retido e recolhido a menos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2010, exige ICMS no valor de R\$ 1.014.499,86, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

01. Falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros próprios (ICMS calculado de acordo com o regime normal), conforme levantamentos de fls. 10 a 25. Valor exigido de R\$ 635.922,63 e multas de 50% e 60%, previstas nos arts. 42, I, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96.

02. Retenção a menor 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 o ilícito é referente ao ICMS-ST, retido a menos por ter o sujeito passivo incluído ilegalmente desconto incondicional na base de cálculo do ICMS próprio. Valor exigido de R\$ 378.577,23 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 118 a 124), inicialmente descreve as infrações e diz que a autuação é totalmente improcedente, pois não praticou os ilícitos que lhe foram imputados.

Começa com a impugnação da infração 02, argumentando 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.

Em seguida, 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 ~~instantaneamente para que não~~ ocorra a diminuição da base de tributação do ICMS, e consequente q

Prosegue aduzindo que o programa de emissão de nota fiscal eletrônica disponibilizado pelo fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do tributo em baila.

No seu entender, para fins de apuração do imposto devido, o fisco levou em consideração, de modo a fixar a base de cálculo, o valor cheio da pauta fiscal, sem a dedução do ICMS próprio e sem computar as quantias anteriormente pagas, fato que caracteriza “bis in idem”.

Em defesa de mérito da infração 01, aponta a necessidade 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.

Pondera que a sociedade empresária estava com a “*contabilidade confusa*” no período autuado, de maneira que vários créditos decorrentes de entradas não foram contabilizados, ocasionando erros na apuração do imposto, razão pela qual requer diligência fiscal.

Com fundamento em jurisprudência do STJ, questiona a pauta fiscal, pois no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido ao consumidor pelo o preço de R\$ 2,00. Tal valor é arbitrário e irrazoável, a seu ver, e calcado em parâmetros desconhecidos.

Caso se entenda pela manutenção das infrações, roga pela exclusão da multa e dos juros, em face da sua boa-fé.

Requer a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, na informação fiscal (fls. 209/213), inicialmente descrevem as infrações, tecem comentários sobre os argumentos defensivos e dizem que a impugnação é inócuia, visto que não há sustentação fática em suas alegações.

No tocante à infração 02, afirmam que a ilegalidade cometida pelo autuado com a inclusão do desconto incondicional na base de cálculo do imposto normal infringe o art. 54, II do RICMS/97.

Ressaltam que esse dispositivo regulamentar, que fundamenta a ação fiscal e comprova a infração, estabelece a necessidade de dedução da base de cálculo dos 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, que o software apenas verifica o preenchimento de alguns campos obrigatórios e autoriza ou não a emissão da NF-e, 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 01/02/2009 em virtude da edição do Decreto 11.336/2008, efeitos a partir de 01/02/2009. O prazo para recolhimento do ICMS nas operações de saídas do AEHC (ICMS-ST), conforme o disposto no art. 126, IV do RICMS/BA, passou a ser exigido a cada operação realizada, a partir de quando o defendant iniciou a prática de tal artifício.

Esclarecem, ainda, que a partir de 16/08/2004 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.

Informam que se eximem de comentar sobre o PMPF, tendo em vista que não se trata de matéria de interpretação da legislação tributária e sim de valor fixo a ser utilizado no cálculo do ICMS.

Com relação ao pedido de exclusão das multas e juros, afirmam hipóteses previstas no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, visto qu

terceirizados e próprios de contabilidade, o que injustifica a alegação de “dúvida ou ignorância na interpretação da legislação tributária, em face do nível de instrução e das condições adversas do local da infração”. Salientam que o caso em questão trata apenas do cumprimento do disposto no art. 54, II do RICMS/BA, que determina a dedução de descontos na base de cálculo do ICMS.

Na pauta suplementar de 28/09/2010 a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência para a Coordenação de Administração do CONSEF (fl. 216), para que pessoa habilitada assinasse a peça de impugnação e para que fossem fornecidas ao contribuinte cópias das fls. 08 a 25 e 37 a 54.

Foi fornecido prazo de 10 dias (fl. 219), mas o autuado não se manifestou.

VOTO

Uma vez que o impugnante se referiu a uma suposta ocorrência de “bis in idem”, bem como afirmou que a base de cálculo da infração 02 foi tomada com fundamento em parâmetros desconhecidos, fatos que, se comprovados, acarretariam a nulidade da autuação, é necessário consignar que da análise dos elementos componentes dos autos vejo que não lhe assiste razão.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram os ilícitos, fundamentando com a indicação dos livros fiscais, documentos, demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o fundamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal resultante da diligência e respectiva concessão de prazo para manifestação, assim como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

De acordo com o que será demonstrado na apreciação de mérito, não houve cobrança em duplicidade do imposto, pois os autuantes, nos levantamentos das infrações, excluíram os valores já pagos e o ICMS normal do cálculo do ICMS-ST.

Conforme destacaram os prepostos fiscais, a partir de 16/08/2004 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.

Fica, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade direta ou indiretamente suscitada pelo defendant.

Não há razões para o acolhimento do pedido de diligência, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbra equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Quanto ao pedido de averiguação do não aproveitamento de créditos de entradas, concluo que, em se tratando de documentos pertencentes ao autuado, caberia ao mesmo trazê-los ao PAF, pelo que o pleito resta indeferido.

Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros, entendo que não se justifica, visto que não foi trazido ao processo, pelo contribuinte, qualquer prova de que tenha interpretado de forma incorreta por ignorância da legislação tributária. De qualquer modo, não deve ser apreciado tal pleito 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.

No mérito, a infração 01 exige o assim chamado ICMS normal, lançado o imposto no Livro Registro de Apuração e não tê-lo recoll

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 02), visto que o minorou.

Por exemplo, na nota fiscal eletrônica número 1.533, de 05/01/2010 (demonstrativo de fl. 37), o autuado atribuiu o valor de R\$ 9.815,00 à base de cálculo do ICMS próprio, sem considerar o desconto incondicional, no valor de R\$ 2.600,00, que resultaria na base de cálculo de R\$7.215,00, apurada pelos fiscais.

Assim, os fiscais tomaram como base de tributação o montante de R\$ 7.250,15 que, à alíquota de 19% (17% + 2% do Fundo de Combate à Pobreza), resultou no débito de R\$ 1.370,85.

Infração 01 caracterizada.

No que se refere à infração 02, na defesa apresentada o autuado alegou não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, afirmação cuja falsidade foi demonstrada pelas autoridades fiscais.

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 nos Convênios ICMS 100/2002, 140/2004 e 110/2007, publicado quinzenalmente através de Ato COTEPE.

Constato que, de acordo com os demonstrativos apensados, 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 período fiscalizado era de R\$2,00. Portanto, a apuração 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.

Tomando por base a mesma nota fiscal eletrônica acima mencionada (1.533), listada à fl. 37, percebe-se que os auditores fiscais, com a aplicação de R\$ 2,00 por litro (PMPF), alcançaram a base de cálculo do ICMS-ST de R\$ 10.000,00, pois o documento fiscal tratava de 5.000 litros.

Após a aplicação da alíquota de 19% (17% + 2% do Fundo de Combate à Pobreza), retiraram o ICMS próprio de R\$ 1.370,85, assim como o valor efetivamente retido pelo sujeito passivo (R\$ 35,15), encontrando o débito de R\$ 494,00, metodologia que afasta a tese defensiva de “bis in idem”.

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, concluo que o autuado não demonstrou a correção na apuração do tributo, diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, juntados ao processo, cujas cópias lhes foram entregues.

Restou demonstrado, nos autos, que com a majoração ilegal da base de cálculo do ICMS próprio, o imposto devido por substituição tributária foi retido e recolhido a menos.

Infração 02 caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0020/10-8, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.014.499,86**, acresci

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

450.277,13 e 60% sobre R\$ 564.222,73, previstas no art. 42, I, “a”, II, “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR