

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0021/10-4
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0332-05/10
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 22/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0192-12/11

EMENTA: ICMS. 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. Comprovado que na apuração do ICMS devido por substituição a base de cálculo foi apurada incorretamente. Infração não elidida. Mantida a Decisão de primeiro grau. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30 de junho de 2010, com exigência de R\$116.309,79 de ICMS, acrescido da multa de 60%, através do Acórdão JJF Nº. 0332-05/10 (fls.178 a 180), lavrado em virtude da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: 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 para contribuintes localizados neste Estado. Consta ainda ICMS-ST retido e recolhido a menor, por ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS próprio (art.54, inciso II, RICMS BA), reduzindo indevidamente o ICMS-ST, nas operações de saídas do produto AEHC, ocorrência verificada nos meses de janeiro e fevereiro de 2010, conforme planilha de cálculo anexada ao Auto de Infração.

A Decisão objeto do Recurso Voluntário apresentado foi a seguinte:

“O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência de o autuado ter procedido à retenção 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 para contribuintes localizados neste Estado. O ICMS-ST retido e recolhido a menor, ocorreu pela inclusão indevida do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS próprio (art.54, inciso II, RICMS BA), reduzindo-o nas operações de saídas do produto AEHC.

O autuado, na sua intervenção processual, diz que não praticou qualquer infração à legislação tributária do ICMS nas operações tributáveis com o álcool etílico hidratado combustível (AEHC), uma vez que não incluiu o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS.

Trata a presente lide de exigir o valor recolhido a menos relativo ao ICMS-ST, nas operações de saídas de AEHC. No Estado da Bahia, as regras do Convênio ICMS 110/07, que revogou o convênio ICMS 03/99 e trata das questões inerentes à substituição tributária, estão disciplinadas nos artigos 512-A e 512-B, RICMS BA. 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\$2,00 por litro.

Constato pelo demonstrativo de fls. 08/13, relativo ao período de janeiro/fevereiro 09, que o autuado incluiu na apuração da base de cálculo do ICMS-ST uma parcela de desconto incondicional que implicou diminuição do valor recolhido. As cópias das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado, colacionadas aos autos, fls. 14/43, além do demonstrativo fiscal, já referenciado, mostram o acerto do procedimento fiscal.

À guisa de exemplo, a nota fiscal eletrônica 10441 para 10.800 litros do produto a base de cálculo estabelecida seria de R\$21.600,00 (R\$2,00 por litro), entretanto, com a inclusão do valor do desconto incondicional de

R\$5.076,000 foi reduzido em R\$964,43 (R\$1.040,36-75,93) o valor do ICMS-ST. Este procedimento irregular foi praticado em relação às demais notas fiscais relacionadas pelos autuantes nos demonstrativos às fls. 08 a 13.

Por isso, não pode ser acatado o argumento defensivo de que os campos do software de emissão das notas fiscais eletrônicas (NF-e) não possibilitam a inclusão do desconto incondicional na base de Cálculo do ICMS normal.

Alega ainda o autuado que a utilização da Pauta Fiscal contida na IN 29/2009, na apuração da base de cálculo é ilegal; que a autuação fiscal deve ser baseada em valores concretos e não fictícios. Tal alegação, no entanto, não pode ser acatada, uma vez que essa base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados nos seus documentos fiscais. Além disso, a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações AEHC com base em pauta fiscal é prevista no Convênio ICMS 110/07 e está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia, não havendo qualquer ilegalidade (art. 512-B, RICMS BA).

Quanto ao pedido de dispensa da multa, não pode ser acolhido tendo em vista que a multa decorre de obrigação principal, e sua apreciação não será procedida nesta instância administrativa, visto que é competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA.

Posto isso e considerando que o autuado, mesmo tendo acesso aos demonstrativos elaborados pelo preposto da Fazenda Pública, não trouxe aos autos, de forma prática, qualquer elemento que pudesse apontar a existência de incorreções nos relatórios fiscais, resta caracterizado o acerto da ação fiscal.

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

Cientificado da Decisão, o sujeito passivo, interpôs Recurso Voluntário (fls. 192 a 197), onde argumenta que a Decisão prolatada não há de prosperar, tendo em vista que não houve qualquer infração à legislação tributária.

Afirma que o imposto devido por substituição tributária foi efetivamente recolhido pelo recorrente no momento das saídas das mercadorias. A autuação foi fruto, pois, de equívoco dos autuantes na apuração do valor do imposto devido por substituição, registrando que não houve erro na discriminação da base de cálculo de sua parte, que seguiu, inclusive, entendimento da Secretaria da Fazenda, não incluindo o desconto incondicional na base de cálculo do imposto, uma vez que o *software* disponibilizado pelo Estado da Bahia impede que a inclusão de tal desconto seja feita.

Que por tais razões, o recorrente recolheu o imposto a título de substituição tributária com base na diferença entre o valor da pauta fiscal e o do imposto próprio, sem o cálculo do desconto incondicional concedido aos postos de combustíveis. Por tal motivo, reafirma que não houve equívoco no recolhimento realizado, vez ter atendido à legislação tributária, não tendo realizado recolhimento com base em pauta fiscal, conforme afirmado na autuação, de forma equivocada.

Diz que o fato do valor da base de cálculo do imposto a ser recolhido se apresentar maior do que o valor total da nota fiscal decorre do que denomina “*absurda pauta fiscal utilizada*”, o que implica na desconsideração do valor da nota fiscal para calcular o valor do imposto e, sim, de um valor previamente estabelecido.

Em defesa de sua argumentação, sustenta que tal cobrança é ilegal, vez que a pauta fiscal aplicada ao álcool carburante (etanol) estava fixada, à época da ocorrência dos fatos geradores, em R\$2,00, valor além da realidade do mercado.

Aduz ser o mecanismo de pauta fiscal instrumento impróprio para aumento da arrecadação do tributo, “*o que registra sua nulidade e demanda*”, sendo necessária à revisão dos valores tidos como devidos, de forma que o débito seja calculado com base no valor da nota fiscal, vez ser este documento o único capaz de fornecer parâmetros reais e adequados para que seja feito o cálculo do ICMS por substituição tributária, ou, se for o caso, por meio da utilização da margem de valor agregado (MVA), e não pauta fiscal.

Transcreve enunciado de Decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual afirma ser ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime de pauta fiscal, apegando-se, também, ao argumento de que a Lei Complementar nº 123/87 jamais previu que a

base de cálculo do ICMS pudesse ser calculada com base em pauta fiscal, tendo o Estado da Bahia ao aceitar este instrumento, promovido uma “*inovação legislativa*”.

Registra que o Estado da Bahia, ao violar a Lei Complementar nº 123/87, sequer contempla com previsão legal a adoção de pauta fiscal, valendo-se de ato normativo infralegal do COTEPE.

Finalmente, ao amparo do artigo 159 do RPAF/99, pleiteia a dispensa ou redução da multa aplicada, caso a Corte Julgadora entenda que o lançamento encontra-se realizado de forma legal, por ter agido de boa-fé, concluindo com o pedido de improcedência do Auto de Infração.

Parecer da PGE/PROFIS (fls. 281 a 283) opina que o Recurso Voluntário é apenas uma repetição dos argumentos postos por ocasião da apresentação da defesa, e que os pontos ali postos levam à conclusão de que não assiste razão ao recorrente, vez que as planilhas elaboradas pelos autuantes revelam os cálculos pormenorizados do ICMS a ser recolhido, com base nos documentos fiscais da empresa, conforme previsão regulamentar, especialmente o artigo 39 do RPAF, tendo os autuantes observado o disposto no Convênio ICMS 110/07 e artigo 512-B do RICMS/BA.

Observa que o pedido de dispensa de multa formulado deve ser encaminhado à Câmara Superior do CONSEF, na forma da previsão legal.

Conclui, opinando pelo não acolhimento das razões recursais, e pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Analisando o Recurso Voluntário, observo quanto à infração apurada, que versa sobre retenção a menor de imposto devido por substituição tributária, relativo a operações internas, pela inclusão na base de cálculo do imposto de desconto incondicional na composição da base de cálculo do ICMS próprio, relativamente ao produto AEHC.

A alegação recursal de que o imposto “*foi efetivamente recolhido pelo recorrente no momento das saídas das mercadorias*”, carece de razão, vez que a acusação fiscal não é de falta de recolhimento, mas sim, de recolhimento a menos do imposto devido a título de substituição tributária, pela inclusão na base de cálculo do imposto relativo à operação própria, de desconto incondicional concedido nas vendas realizadas pela mesma. O artigo 54 do RICMS determina em seu inciso II que, no tocante aos acréscimos e aos 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. Os descontos incondicionais destacados nos documentos fiscais, atendem à hipótese prevista na norma de não estarem sujeitos a condição.

Dessa forma, não podem ser excluídos da base de cálculo do imposto, quando de seu cálculo. Alegar que atendeu à legislação e não incluiu o desconto incondicional na base de cálculo do imposto sem trazer ao feito qualquer elemento probante, não tem o condão de elidir a acusação fiscal, sequer de contestar as notas fiscais trazidas pelos autuantes nas fls. 14 a 43. Se é fato que o sistema de emissão de nota fiscal eletrônica não permite a inclusão na base de cálculo do valor do desconto incondicional concedido, também é fato que nada impede que no momento da escrituração de tal documento, o cálculo do seja ICMS refeito.

Assim, há de se aplicar a regra do artigo 143 do RPAF de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao aspecto da utilização de pauta fiscal para apuração do imposto devido por substituição tributária, e sua ilegalidade, não cabe a este Conselho de Fazenda tal apreciação, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99. Convém observar-se, entretanto, que não é utilizada pauta fiscal para o cálculo do referido imposto, vez ser esta uma imposição de valor para primeira operação estabelecida através de Instrução Normativas emanada da Superintendência de Administração

Tributária, com âmbito circunscrito ao Estado da Bahia. No caso em tela, o valor estabelecido para o cálculo do imposto devido por substituição tributária do produto AEHC (álcool combustível) é o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), estipulado através de Ato COTEPE (Comissão Técnica Permanente do ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ), que possui abrangência nacional, e não apenas o território do Estado da Bahia, preço este que de forma eventual pode estar a maior, ou a menor do que o preço real e efetivo da operação, vez que, reitero, estabelecido de forma nacional, para nivelar a tributação do produto, vigorando tal sistemática a partir de 16 de agosto de 2004, por consenso entre as unidades federadas.

Com relação ao pedido de dispensa de multa feito pelo recorrente, na forma do artigo 159 do RPAF/99, deve ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, nos termos previstos no artigo 169, § 1º, do mesmo diploma legal, razão pela qual não pode ser atendido nesta oportunidade, por esta Câmara de Julgamento.

Dessa forma, a argumentação recursal, não consegue descaracterizar a imputação fiscal, motivo pelo qual, alinhando-me ao opinativo da PGE/PROFIS, e entendendo que o Recurso Voluntário NÃO DEVE SER PROVIDO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0021/10-4**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$116.309,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS