

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0010/10-2
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0157-03/11
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0384-11/11

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal - através do Acórdão JF nº 0157-03/11 - que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, lavrado para imputá-lo o cometimento das seguintes infrações, objeto do presente Recurso:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros próprios. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de ICMS calculado de acordo com o regime normal. Demonstrativo às fls. 09 a 61. ICMS no valor de R\$350.323,17 acrescido da multa de 50%.

INFRAÇÃO 2. 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 se trata de ICMS devido por substituição tributária retido a menos por ter, o sujeito passivo, incluído ilegalmente o desconto incondicional na composição da base de cálculo do ICMS normal (artigo 54, inciso II, do RICMS/BA), reduzindo indevidamente o imposto devido por substituição tributária nas saídas do produto AEHC. ICMS no valor de R\$889.929,86, acrescido da multa de 60%.

O Relator da Junta de Julgamento Fiscal em seu voto inicialmente rechaçou as preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo e negou o pleito de cancelamento da multa, aduzindo que o pedido de dispensa da multa ao apelo da equidade é de competência da Câmara Superior. No mérito, assim se manifestou pela Procedência da autuação, “in verbis”:

INFRAÇÃO 01:

“...Compulsando os autos contato que o Demonstrativo do Débito do Auto de Infração, as planilha do levantamento fiscal realizado, cópias dos livros fiscais do autuado e demais documentos anexados ao PAF confirmam o acerto da exigência fiscal, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais pelo próprio contribuinte. O Fisco apenas verificou os lançamentos realizados pelo contribuinte, tendo constatado que nos meses objeto da imputação, o imposto devido estava regularmente escriturado no livro no livro Registro de Apuração do ICMS, contudo, não fora recolhido.

Portanto, tendo sido considerados os créditos fiscais escriturados pelo contribuinte, foi respeitado o princípio da não-cumulatividade. 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 devido por substituição tributária. Na impugnação apresentada o autuado não trouxe qualquer elemento de prova para confirmar a existência de crédito fiscal em valor superior ao considerado pelos prepostos fiscais. Constatado também que assiste razão aos autuantes quando dizem que o autuado não realizou nenhum recolhimento do ICMS próprio no momento da saída do produto AEHC e, apesar de ter apurado mensalmente o ICMS próprio a ser recolhido até o dia 09 do mês subsequente, o contribuinte não recolheu o ICMS próprio de nenhum dos meses objeto da imputação.

Conforme destacaram os prepostos fiscais, a partir de 16/08/2004 o cálculo do AEHC é efetuado utilizando-se 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, ao contrário do quanto alegado pelo defendente. A base de cálculo do tributo destacado no livro Registro de Apuração do ICMS estava majorada pela indevida inclusão dos descontos incondicionais na mesma, contrariando o teor do artigo 54, inciso II, do RICMS/BA, fato que também repercutiu na valoração do ICMS devido por substituição tributária (infração 02), visto que o minorou. Diante do exposto, é subsistente a imputação 01.”.

INFRAÇÃO 2:

“...Na defesa apresentada o autuado alegou não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, afirmação contraditada conforme demonstrado pelos autuantes.

Verifico que, conforme previsto nos artigos 512-A e 512-B, IV, ambos 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/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

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.”.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 393 a 399 - onde requer a alteração da Decisão proferida pela JJF, os seguintes argumentos, em síntese:

- I. que, apesar da JJF não compartilhar desse entendimento, a majoração do ICMS devido por operação própria influencia diretamente no cálculo do ICMS-ST, pois a base de cálculo do segundo é oriunda da diferença entre o valor da pauta fiscal e a base de cálculo do primeiro, sendo, assim, válida a discussão acerca da legalidade na cobrança do ICMS próprio, pois se trata de questão prejudicial em relação à cobrança do ICMS-ST;
- II. que, conforme já alegado na peça defensiva, é preciso que se rechace a dupla tributação, em face da única ocorrência do fato gerador, o que se caracterizou a partir do momento em que o Fisco autuou o recorrente para arrecadar ICMS-ST e ICMS-próprio, mesmo tendo ciência da prejudicialidade que reside na relação entre as Infrações 01 e 02, sendo, assim, é

necessário que se entenda que a majoração do valor atribuído ao cometimento da Infração 1 deve minorar o valor atribuído à Infração 2;

- III. que os valores lançados a título de ICMS na sua escrita fiscal não representam o real valor das vendas realizadas, pois decorrem da sistemática de cobrança inconstitucional e ilegal instituída pela SEFAZ/BA, ao utilizar o valor presumido da mercadoria para a apuração da base de cálculo do ICMS, mediante pauta fiscal, mesmo quando é sabido que o valor para a incidência do referido imposto deveria ser baseado no preço da nota fiscal de venda ou, no máximo, com aplicação da margem de valor agregado (MVA) sobre o preço da nota fiscal de compra da mercadoria;
- IV. que a pauta fiscal não é instrumento que encontre respaldo constitucional e nem legal, visto que nem mesmo o Estado da Bahia possui lei que a institua como definidora de base de cálculo de ICMS, e que o regime de pautas fiscais jamais poderia ter sido estabelecido por ato normativo infralegal, pois a Constituição determina que somente Lei Complementar poderá versar acerca de base de cálculo, nos termos do art. 146, III, a, ressaltando que há súmula do STJ no sentido de que não se pode estabelecer o regime de pauta fiscal para a cobrança de ICMS – Súmula nº 431;
- V. que, ainda, a pauta fiscal aplicada é incoerente com a realidade, por não refletir o mercado, já que se impõe uma margem presumida superior a 100%, do que se pode inferir que a majoração se deu com a finalidade de aumentar a arrecadação, o que torna, portanto, tal instrumento nulo;
- VI. que, também, não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte do recorrente e que não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, uma vez que simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo, argumento que deve ser levado em conta;
- VII. 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 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, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária.
- VIII. que, portanto, o próprio sistema de registro contábil do Fisco, qual seja, o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica, impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.
- IX. que a exigência de credenciamento junto à COPEC para que se recolha o referido imposto no prazo legal, ou seja, no mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador contraria a aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade, pois se impede que o contribuinte proceda à compensação entre débitos e créditos;
- X. que não entendendo a CJF pela ilegalidade da autuação, requer seja cobrado o referido tributo com a exclusão de multa e juros, uma vez que o ora recorrente sempre prezou por agir imbuída de boa-fé.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fl. 482, da lavra da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário, consignando que as planilhas elaboradas pelo autuante revelam que os créditos fiscais relativos às etapas anteriores foram utilizadas, pois devidamente escrituradas, estando atendido o princípio da não cumulatividade.

Consignou, ainda, que o valor da base de cálculo é o previsto na legislação para o caso, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de inconstitucionalidade, e finalizou pontuando que a multa é a prevista em lei para a infração em tela, cabendo à Câmara Superior a apreciação do pedido de dispensa, conforme já orientado pela Decisão recorrida.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer guarida às razões recursais para ver modificado o Julgado de Primeira Instância, que deve ser mantido em todos os seus termos.

Todos os argumentos apresentados na peça recursal foram devidamente rechaçados pelo Relator da JJF, não tendo o condão de elidir as infrações que lhe foram imputadas, perfeitamente caracterizadas nos autos.

E, de fato, a infração 1 restou comprovada com base na escrituração do próprio contribuinte, especificamente dos seus livros fiscais de Entradas, Saídas e Registro de Apuração do ICMS, documentos anexados em cópias aos autos às fls. 62 a 126, conforme planilhas de fls. 09 a 35, onde consta o imposto apurado pelo contribuinte e lançado em sua escrita fiscal, não recolhido no prazo regulamentar, nos meses de setembro e dezembro de 2009.

Por outro lado, também não merece acolhida à alegação de que houve ofensa ao princípio da não cumulatividade, visto que facilmente se constata da análise dos livros de Apuração do ICMS dos meses objeto da autuação, o lançamento pelo próprio contribuinte dos créditos devidos, referentes às operações de entrada e saídas de AEHC, no sistema de débito\crédito, atendendo, portanto, ao princípio citado.

Também não há qualquer *bis in idem* em relação às infrações imputadas, visto que na apuração do imposto devido por substituição tributária, objeto da exigência fiscal do item 2 da autuação, os autuantes efetuaram a devida dedução do ICMS normal, bem como os valores já pagos pelo contribuinte, como demonstram as planilhas de fls. 10 a 35, denominada *Demonstrativo do Cálculo Correto do ICMS Normal*, não havendo, assim, a alegada prejudicialidade em relação às infrações 1 e 2.

Ainda merece rechaço a alegação de que o cálculo equivocado quanto ao imposto devido nas operações próprias – pela inclusão indevida de descontos incondicionais - teve como base o sistema de emissão da nota fiscal eletrônica, pois, como bem consignaram os autuantes, entendimento corroborado pela JJF, “....*Os valores dos campos da Nota Fiscal Eletrônica sobre os quais são calculados os valores dos impostos são informados pelo próprio contribuinte, o qual tem a total responsabilidade pela veracidade ou não desses valores. O software da SEFAZ/BA, apenas verifica o preenchimento de campos obrigatórios e autoriza ou não a emissão da NFe. O software da SEFAZ/BA, não elabora cálculos de imposto, nem confere os valores informados pelo contribuinte, esta tarefa é desenvolvida pelos prepostos fiscais nas Auditorias Fiscais realizadas.*”.

Na infração 2, por outro lado, exige-se do sujeito passivo o imposto devido por substituição tributária, recolhido a menor, pela majoração indevida da base de cálculo do ICMS normal (próprio), nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2009, conforme demonstrativo resumo de fl. 36 e planilhas de fls. 37 a 61, retenção a menor que ocorreu pela indevida majoração da base de cálculo do imposto próprio, o que reduziu o ICMS-ST a recolher nas operações de saídas do álcool etílico hidratado combustível - AEHC.

A infração está devidamente caracterizada e o imposto apurado em conformidade com a legislação tributária estadual, nos termos dos arts. 512-A e 512-B, II, do RICMS/BA, abaixo transcritos:

“**Art. 512-A.** São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7014/96 e Conv. ICMS 110/07):

I - nas operações internas:

b) o distribuidor de combustíveis, como tal definido e autorizado pelo órgão federal competente, tratando-se de:

1 - álcool etílico não desnaturado, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol. (álcool etílico hidratado combustível) - NCM 2207.10.00;”

“Art. 512-B. *Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será a seguinte (Conv. ICMS 110/07):*

I - o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente;

II - na falta do preço a que se refere o inciso anterior, nas operações realizadas por produtor nacional de combustíveis, o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação das margens de valor agregado divulgados mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União, observado o disposto no § 1º;”

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da pauta fiscal, de logo devemos consignar que não é atribuição deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade de norma, atribuição que cabe ao poder Judiciário, de forma incidental (controle difuso) ou no controle direto.

Registre-se, no entanto, que a base de cálculo do imposto exigido no presente lançamento de ofício não se trata de pauta fiscal instituída pela legislação baiana, como restou esclarecido pelos autuantes e pela JJF, e sim Preço Médio Ponderado a Consumidor Final – PMPF – publicado quinzenalmente mediante ATO COTEPE, que reflete o valor de mercado dos combustíveis em cada unidade da Federação.

Por fim, quanto ao pleito de exclusão da multa ao apelo da equidade, não é atribuição das Câmaras de Julgamento tal apreciação, cuja competência exclusiva é da Câmara Superior, nos termos do art. 159 do RPAF, citado pelo próprio recorrente.

Do exposto, como as razões recursais são insuficientes para alterar o Julgado de Primeira Instância, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206960.0010/10-2**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.240.253,03**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 350.323,17 e 60% sobre R\$889.929,86, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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