

A. I. Nº - 206960.0002/11-8
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ A. CARVALHO, GILSON LIMA SANTANA e JOÃO MARLITO M. DANTAS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 01.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-04/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERNAS DE VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO.

Documentos autuados indicam que o autuado reteve, mas não recolheu o ICMS-ST com base em valor estipulado em Pauta Fiscal. Infração caracterizada. **b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.

Infração não elidida. Rejeitadas: (i) preliminar de nulidade; (ii) pleito de revisão fiscal e; (iii) pedido de exclusão de multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 26/01/2011, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 76.857,36, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às vendas de combustíveis e lubrificantes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de fevereiro, abril a junho de 2009, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 74.577,36, acrescido da multa de 150%;

02 – reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, no mês de junho de 2009, exigindo o imposto no valor de R\$ 2.280,00, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugnou o lançamento tributário às fls. 248 a 252, dizendo que o auto de infração não merece subsistir, pois não houve infração à legislação tributária. Alega que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor da Pauta Fiscal (R\$ 2,00) e o valor do seu ICMS próprio.

Assim, por exemplo, se a base de cálculo do ICMS-ST = R\$ 0,5, é porque ocorreu a operação aritmética representada pela equação (R\$ 2,00 – R\$ 1,50), na qual “R\$ 2,00” é o valor da Pauta Fiscal e “R\$ 1,50” é o valor da base de cálculo do ICMS próprio. Portanto, segundo o Impugnante, a cobrança é ilegal, uma vez que a pauta fiscal aplicada ao etanol na Bahia foi fixada, à época, em R\$ 2,00, valor que está acima da realidade. Diz que na Bahia, o litro do etanol, à época da ocorrência dos fatos geradores, não era vendido nesse valor. No entanto, isso nunca impediu a imposição de uma pauta fiscal desproporcional à realidade.

Aduz que enquanto a mercadoria lhe chega a R\$ 0,91 o litro, por exemplo, o Estado presume que o litro será vendido, na operação ao consumidor, por R\$ 2,00, ou seja, com margem presumida de mais de 100%. Tal fato torna a pauta fiscal um instrumento impróprio para aumentar a arrecadação do tributo, o que nulifica a autuação, devendo os valores tidos como devidos serem revisados, de forma a permitir que o débito seja calculado com base no valor da nota fiscal, uma vez que somente esta é capaz de fornecer parâmetros reais e adequados para que seja feito o cálculo do ICMS-ST, ou, se for o caso, por meio da utilização da MVA, e não com base no valor de uma pauta fiscal.

Argumenta que não obstante a Bahia utilizar-se de instrumento impróprio para calcular o valor do tributo devido (pauta fiscal), quando deveria se basear no valor da nota ou no da MVA, à luz do art. 8º da LC 87/96, o próprio valor da pauta fiscal é alheio à realidade do mercado, por isso, ilegal.

Reproduz a Súmula 431 do STJ e acrescenta ainda que, no caso concreto, a infração que lhe é imputada não corresponde à realidade fática vivida pelo autuado, posto que, quando do procedimento de instalação da empresa, houve diversos contratemplos referentes a problemas de erro de escrituração da contabilidade, de forma que o débito da empresa não alcança os valores encontrados na autuação.

Alega que a LC 87/96, em seu art. 8º, II, jamais previu base de cálculo com base em pauta fiscal. Dessa forma, se a LC que é a responsável por dispor de normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre definição de base de cálculo (art. 146, III, “a”, da CF), como é o caso aqui discutido, não tratou da pauta fiscal ou de instrumento análogo e a Bahia não poderia criar base de cálculo para o ICMS-ST com base em pauta fiscal, isto representa uma indevida inovação legislativa.

Registra que, além de violar a LC 87/96, a pauta fiscal da Bahia sequer é prevista em lei estadual, o que, por si só, também demonstra ilegalidade, mas em um ato normativo infracional (Ato COTEPE). Destarte, impugna também a conclusão do fisco em utilizar uma pauta fiscal como referência para proceder à cobrança, devendo o valor supostamente devido, caso confirmada a procedência da autuação, o que não crê, ser calculado com base no preço real de mercado praticado pelos postos de combustíveis à época.

Ressalta, ainda, que não houve erro na determinação da base de cálculo por parte da impugnante. Não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, uma vez que o mesmo preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gerou o cálculo. Para que seja verificado esse fato, diz que basta lançar qualquer desconto incondicional no software de emissão da NF-e e se verá que o valor deste não é sequer computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte para que não ocorra diminuição da base de cálculo do ICMS e, consequentemente, a diminuição da arrecadação tributária.

Ou seja, diz que o próprio sistema de registro contábil do fisco, qual seja, o programa de emissão de NF-e, impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Por fim, aduz, caso se entenda pela manutenção da infração, de acordo com o art. 159, § 1º, inciso II e/ou III do RPAF, que traduz, roga pela exclusão da multa e dos juros, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante a Bahia.

Conclui requerendo que o auto de infração seja julgado improcedente.

Os autuantes, em informação fiscal produzida às fls. 261 a 264, alegam que a defesa contém argumentações descabidas e o autuado não alcançará sua pretensão pelas seguintes razões: 1) porque, efetivamente, deixou de recolher o ICMS-ST retido em notas fiscais de saídas dos meses de fevereiro, abril a junho de 2009 (infração 01). Tanto que não apresentou documento comprobatório do recolhimento do ICMS-ST. Portanto, a alegação de que recolheu o imposto não condiz com a verdade. Com relação à infração 02, o autuado calculou a menos o ICMS-ST em notas fiscais, conforme demonstrativos de apuração do ICMS-ST às fls. 159 a 242 do PAF. Entende que não protestando o cálculo, o autuado aceita o que foi levantado na autuação; 2) porque a alegação defensiva do item 2 é descabida, pois o autuado calculou o ICMS-ST corretamente, cobrou o imposto retido dos adquirentes, mas não recolheu ao Tesouro Estadual o imposto que reteve; 3) Com relação à alegação defensiva de que é ilegal a aplicação da pauta fiscal se abstêm de comentar por tratar-se de matéria de competência do CONSEF e/ou PROFIS; 4) com relação às multas e juros, reproduzindo o dispositivo legal, dizem que o autuado não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos II e III, do § 1º, do art. 159 do RPAF.

Acrescentam que o autuado, além de possuir serviços próprios de contabilidade, utiliza serviços de empresa de contabilidade contratada, não se justificando a alegação de “dúvida de interpretação da legislação tributária”, nem de “ignorância da legislação tributária, tendo em vista o nível de instrução e as condições adversas do local da infração”. Afirmam que propositadamente o autuado descumpriu a obrigação tributária principal, pois reteve o ICMS-ST, o lançou nos livros próprios, mas não o recolheu.

Ratificam a autuação e pedem que o auto seja julgado procedente.

VOTO

Analisando os autos, inicialmente vejo que a descrição dos fatos no presente lançamento tributário de ofício foi efetuada de forma comprehensível, com indicação correta dos dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apontadas e foram acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal, tendo o autuado entendido a acusação fiscal, uma vez que apresentou impugnação ao lançamento tratando amplamente de todos os fatos que ensejaram a exigência fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais previstas, contendo todos os itens previstos no art. 39 do RPAF e não se encontram no presente processo qualquer dos motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Rejeitada a nulidade suscitada.

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.

No mérito, examinando as peças que compõem o presente PAF, verifico que os autuantes imputaram ao sujeito passivo duas irregularidades: Com relação à infração 01, que decorreu da falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, noto que os autuantes, como prova da infração, elaboraram os demonstrativos de fls. 08 a 158 (cujo demonstrativo sintético é o de fl. 08), nos quais são indicados mês a mês e em relação a cada nota fiscal, os valores retidos e que deixaram de ser recolhidos pelo sujeito passivo.

O autuado (fazendo um exemplo), embora dizendo ser ilegal o critério, alegou que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor da pauta fiscal (R\$ 2,00) e o valor do seu ICMS próprio. Entretanto, os demonstrativos de fls. 09 a 158, não confirmam tal assertiva uma vez que os de fls. 09 a 71 indicam que, de fato, o autuado reteve o ICMS-ST nas vendas internas que efetuou com base na pauta fiscal, mas os demonstrativos de fls. 72 a 158 informam que assim não o recolheu aos cofres públicos. Considerando que: a) o contribuinte autuado não protesta objetivamente os valores apurados como devidos na infração, trazendo aos autos outros dados de contrastes aos da acusação fiscal; b) os demonstrativos autuados confirmam que o autuado, quando das suas operações internas de vendas de combustível a contribuintes, reteve e não recolheu o ICMS-ST corretamente calculado com base no valor contido em específica Pauta Fiscal, constato estar a infração caracterizada e, por isso, deve ser mantida integralmente.

No caso da infração 02, onde foi apurado que o contribuinte reteve a menos o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, vejo que no demonstrativo anexado à fl. 159 são indicados os valores relativos às notas fiscais emitidas no período, nas quais foram retidos pelo autuado valores a menos do imposto concernente à substituição tributária, sendo apontadas as diferenças relativas a cada documento fiscal e os somatórios correspondentes a cada período de apuração. Do mesmo modo que na infração anterior, o contribuinte não trouxe aos autos qualquer valor em oposição ao acusado como devido. Deste modo, não existindo nenhum reparo a ser feito no procedimento fiscal que foi efetuado obedecendo à legislação tributária, portanto, apto a produzir todos os efeitos legais, vejo que a infração resta caracterizada e subsistente no valor original.

As alusões defensivas relativas à pauta fiscal não merecem acolhimento uma vez que 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 o 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.

Quanto ao pleito de exclusão das multas e juros, entendo não se justificar por carência de merecimento tendo em vista que o contribuinte autuado não se enquadra nas condições do art. 159, § 1º, incisos II e III do RPAF, como pleiteia. Ou seja, ter agido de boa-fé: diante de razoável e justificada dúvida (II); em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração (III). Além do mais, tratando-se de penalidade por descumprimento de obrigação principal, o pleito não pode ser apreciado nesta instância administrativa, por ser de competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 2º do RPAF/BA.

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. **206960.0002/11-8**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.857,36**, acrescido das multas de 150% sobre R\$ 74.577,36 e 60% sobre R\$ 2.280,00, previstas no art. 42, incisos V, alínea “a” e II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR