

A. I. Nº - 206960.0015/11-2
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE DE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT COPEC
INTERNET 13.10.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0257-05/11

EMENTA: ICMS. 1. 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. 2. ENTRADA DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/06/2011, com lançamento de ICMS no valor de R\$594.924,64 com multa de 60%, conforme Art. 42, II, “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, através das seguintes infrações:

1. Retenção a menos de ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações internas subsequentes nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, sendo ICMS-ST retido e recolhido a menos por erro na determinação na base de cálculo do ICMS próprio, registrado na Nota Fiscal Eletrônica (NFe) e utilizado no cálculo do ICMS-ST, em razão de ter incluído indevidamente o valor do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS próprio, nas operações de saídas do produto – AEHC (álcool, etílico, hidratado, carburante), reduzindo artificialmente o valor do ICMS-ST, totalizando o valor histórico de R\$303.727,17;
2. Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do ICMS próprio, cujos valores foram apurados corretamente pelos autuantes, conforme planilha de cálculo do ICMS próprio e planilha de apuração do próprio a recolher, anexadas ao processo fiscal, no valor total de R\$291.197,47.

A empresa autuada apresentou impugnação às fls. 90/95, aduzindo as seguintes razões de defesa: que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo - houve apenas uma aplicação de um desconto, que segundo os termos da própria legislação e da jurisprudência do STJ, não deve ser considerado para efeitos de cálculo do ICMS, apresentando o acórdão do RE 1.167.564 – MG, de 05/08/2010, de lavra da Ministra Eliana Calmon, segundo o qual o valor dos descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS na operação do contribuinte substituto por conta própria; que o próprio software da SEFAZ/BA, no qual são lançadas as informações da operação de circulação, não permite que o desconto incondicional seja considerado na base de

cálculo, e que a impugnante não pode ser punida por fato imputável a terceiro (a própria SEFAZ); que quando lançado qualquer desconto incondicional na nota fiscal eletrônica, o valor não é computado na base de cálculo, sendo registrado em campo à parte, justamente para que não ocorra diminuição da base de cálculo do ICMS; com isto, afirma que o sistema de registro contábil do fisco impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Quanto à segunda infração, não há que se falar em falta de recolhimento do tributo no prazo regulamentar, haja vista que faz referência ao ICMS próprio que não havia sido calculado corretamente, conclusão esta que desconsiderou os descontos incondicionais incluídos, reputando-os como ilegais; que quanto à suposta escrituração e falta de recolhimento do ICMS, a impugnante vem esclarecer que tal fato decorre de um erro que envolve a cobrança do ICMS-ST e o ICMS próprio acaba sendo diretamente afetado; que o aumento do ICMS ST implica necessariamente na redução do ICMS próprio, fato que deve ser considerado no julgamento da primeira infração; que o auto deve ser julgado nulo, pois o ICMS vem sendo cobrado com base na famigerada pauta fiscal, cujo procedimento há foi rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões, inclusive com a edição da Sumula nº 431 – *“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime de pauta fiscal”*, deixando patente a improcedência das duas infrações; e por fim, pede que caso tais razões não sejam suficientes, roga pela aplicação do Art. 159, III do RPAF (dispensa de multa) em caso do sujeito passivo ter agido com boa fé.

Os autuantes, em sede de informação fiscal, às fls. 176/180, trazem as seguintes ponderações: quanto à infração 01, a ilegalidade cometida pela autuada está consubstanciada no dispositivo legal previsto no capítulo IX do RICMS-BA, referente à base de cálculo, art. 54, II, cujo teor é o seguinte: *“No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos aos valores das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte: serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos”*.

E, que a ementa do RE 1.167.564, transcrito pelo impugnante corrobora o acerto da ação fiscal quando diz que *o valor dos descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS na operação do contribuinte substituto por conta própria* (fl.92) e que o software da SEFAZ não elabora cálculos de impostos, nem confere os valores informados pelo contribuinte, sendo esta tarefa realizada quando das auditorias; que em virtude da alteração do art. 126 do RICMS, a partir de 01/02/2009 a SEFAZ-BA passou a exigir o recolhimento do ICMS nas operações de saída de AEHC a cada operação realizada e que a mesma circula com DAE de recolhimento a cada operação com valores reduzidos, de forma a escapar da fiscalização de trânsito; que em relação à infração 2, os demonstrativos de fls. 19 registram os valores corretos do ICMS próprio a recolher elaborados pelos autuantes e que estes valores são menores do que os valores escriturados pela empresa no RAICMS(fl. 32/39).

No que diz respeito à pauta fiscal, os auditores esclarecem o seguinte – que para o cálculo do imposto nas saídas de AEHC utiliza-se o PMPF - preço médio ponderado a consumidor final, determinado por ATO COTEP – Comissão Técnica Permanente do ICMS, não se trata, portanto, de pauta fiscal estabelecida pela SEFAZ. Sobre os valores do PMPF, os autuantes se eximem de comentar, por não ser matéria de interpretação, mas de valor fixo a ser utilizado no cálculo do ICMS.

Por fim, quanto ao pedido de redução de multa, os autuantes entendem que a impugnante não se enquadra nos requisitos do RPAF, pois se trata simplesmente de cumprimento da legislação tributária, não havendo ignorância da legislação, tendo em vista o nível de instrução dos serviços de contabilidade contratados. Assim, consideram provadas como improcedentes as alegações por parte da impugnante, e mantêm o Auto de Infração em sua totalidade, justificando a sua total Procedência.

VOTO

Do exame das peças anexadas ao presente processo administrativo fiscal, não constato nenhum vício de nulidade, pois as infrações estão fartamente descritas e fundamentadas na legislação; o sujeito passivo identificado, constando também o respectivo termo de início de fiscalização e os demonstrativos com os respectivos montantes de ICMS lançado; também não houve nenhuma violação ao direito do impugnante quanto à sua defesa, que foi tempestivamente apresentada, havendo tão-somente divergência quanto ao entendimento da legislação em relação à interpretação dada pelos autuantes, que acabou refletindo nos cálculos apresentados em seus demonstrativos, anexados ao processo (fls.7/86).

Entende os autuantes que houve erro determinação da base de cálculo do ICMS normal registrado na nota fiscal eletrônica e também utilizado para a obtenção do ICMS-ST, por aplicação de desconto incondicional na base de cálculo do ICMS próprio, nas saídas de AEHC em operações internas no Estado da Bahia (demonstrativos analíticos fls. 7/19, com o total de outubro à fl. 13 e novembro à fl.18). Os demonstrativos do ICMS próprio, às fls. 20/31, apresenta totalizador mensal na fl.26 relativo a outubro, e fl. 31, relativo a novembro, e o consolidado, considerando os demais valores dos livros fiscais, à fl.19.

O impugnante sustenta que a legislação vigente, reforçada pelo entendimento do STJ, não considera os descontos incondicionais inseridos na base de cálculo do ICMS próprio, como fizeram crer os autuantes, cujos demonstrativos de cálculo apresentam tais descontos inseridos, a exemplo do DANFE (NFe) nº 4693 (fl.7), cuja base de cálculo do ICMS próprio é R\$19.630,00, mas a base de cálculo encontrada pelos autuantes é de R\$14.230,00, pelo fato de considerar o desconto de R\$5.400,00.

Assim, o ICMS próprio encontrado pelo impugnante é de R\$3.729,70 e o valor encontrado pelos autuantes é menor, R\$2.703,00. Por consequência da redução do valor do ICMS próprio, o cálculo do ICMS ST é afetado, pois além de se considerar o valor por litro de AEHC como sendo R\$2,00 (PMPF por litro), ao se reduzir do valor do ICMS próprio encontrado no cálculo, aparece uma diferença do ICMS ST de R\$1.026,00, dado que o ICMS ST da nota fiscal eletrônica está em R\$70,30 e o dos autuantes em R\$1.096,30. Diferença tão significativa ocorre exatamente pela enorme redução da base de cálculo do ICMS próprio, por conta da redução sofrida em sua base, devido ao desconto de R\$5.400,00. Foram anexados ao processo, cópias dos livros de entrada, saída e apuração do ICMS nos respectivos meses da auditoria fiscal, que consubstanciam o cálculo do ICMS lançado pelos autuantes, mediante o refazimento da apuração do ICMS próprio às fls. 19.

A impugnante também contesta o cálculo no que diz respeito à aplicação de “pauta fiscal”, como sendo virtualmente ilegal, enquanto os autuantes entendem que não há de se falar em pauta fiscal estabelecida, pois o valor utilizado no cálculo é o PMPF (preço médio ponderado a consumidor final), considerado pelo ATO COTEPE e sobre este valor eles se eximem de comentar, por não ser matéria de interpretação, mas simples valor de adoção pelo fisco. Curiosamente, pelo que se pode observar nos demonstrativos, a base de cálculo do ICMS ST encontrada pelos autuantes não diverge da que foi aplicada pela impugnante, sugerindo que a empresa autuada utilizou o mesmo valor do PMPF (R\$2,00) que contesta na defesa.

Finalmente, adentrando o mérito, no que se refere à infração 1, na defesa apresentada o autuado alegou não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, assim, 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. O Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) de R\$ 2,00, utilizado pelos autuantes, foi estabelecido no Ato COTEPE nº 10, de 07 de outubro de 2010.

Portanto, o cálculo da apuração do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia, não havendo qualquer ilegalidade. Quanto aos

argumentos apresentados a respeito de julgamentos no STJ, deixo de apreciar, pois conforme o disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho, questões de inconstitucionalidade da legislação estadual.

Quanto à imputação do não recolhimento do ICMS próprio, o impugnante não apresentou nenhum comprovante de recolhimento, mesmo dos valores que a empresa assegura ter feito com correção. Assim, é incontroverso o não recolhimento do valor total do ICMS próprio devido pelo impugnante, havendo recolhimento a menos do ICMS - ST.

Quanto ao pedido de redução de multa nesta instância administrativa, quando cabível, poderá ser encaminhado à Câmara Superior do CONSEF nos termos do Art. 159 do RPAF, visto que se trata de multa aplicada decorrente de infração por descumprimento de obrigação principal.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0015/11-2**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$594.924,64**, acrescido de multa da 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR