

A. I. Nº - 206960.0020/11-6
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 16/12/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0274-03/11

EMENTA: ICMS. 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 foi lavrado em 20/06/2011 para exigir ICMS no valor de R\$101.854,24, acrescido da multa de 60% em razão da retenção a menos do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas de combustíveis realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Consta, na descrição dos fatos, que se trata de ICMS-ST retido e recolhido a menos por ter incluído ilegalmente o desconto incondicional na composição da base de cálculo do ICMS Próprio, reduzindo indevidamente o ICMS-ST imposto devido por substituição tributária nas operações de saídas do produto Álcool Etílico Hidratado Carburante - AEHC. Estão anexados aos autos o Demonstrativo de Débito, fl. 03, planilha de levantamento do débito tributário referente à infração, fls. 07 a 14, cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 15 a 22, cópias do livro Registro de Entradas, fls. 23 a 36, e do livro Registro de Saídas, fls. 37 a 50.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 60 a 64 inicialmente descrevendo a imputação e aduzindo seguintes ponderações.

Insurge-se contra a imputação argumentando que não teria incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS normal, nem houvera equívoco na determinação da mesma, quando da apuração do tributo, em função de que apenas teria preenchido os campos das notas fiscais e, então, o próprio *software* do Estado da Bahia teria gerado o cálculo, como é determinado pelo Fisco.

Assevera 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, justamente para que não ocorra a diminuição da base de tributação do ICMS, e conseqüente queda da arrecadação tributária.

Diz que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor constante da Pauta Fiscal [R\$2,00 o litro de AEHC] estabelecida pela Instrução Normativa 29/2009, e o valor da base de cálculo do ICMS Próprio, sem a inclusão do desconto incondicional concedido aos postos de combustível.

Aduz que o programa de emissão de nota fiscal eletrônica disponibilizado pelo fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do tributo, ora em questão, que, em 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”.

Aponta a necessidade de se observar que, caso seja desconsiderado o desconto incondicional efetuado, acarretando o aumento da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, necessariamente dever-se-á proceder à redução da base do imposto normal, diminuindo-se substancialmente a exigência, uma vez que o desconto incondicional aumenta esta (base de cálculo) e diminui aquela.

Com fundamento em jurisprudência do STJ, questiona a pauta fiscal, aduzindo que no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido ao consumidor pelo o preço de R\$2,00 o litro. Afirma que tal valor seria arbitrário, irrazoável e calcado em parâmetros desconhecidos.

Ressalta que, caso se entenda pela manutenção da infração, devem ser excluídos a multa e os juros, em face da sua boa-fé.

Requer o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes, na informação fiscal às fls. 145 a 148, inicialmente descrevem a infração, tecem comentários sobre os argumentos defensivos e dizem que a impugnação é inócua, visto que não há sustentação fática em suas alegações.

Destacam que a ilegalidade cometida pelo autuado com a inclusão do desconto incondicional na Base de Cálculo do ICMS Normal, é cabalmente comprovada pelo dispositivo legal previsto no RICMS-BA referente à Base de Cálculo, o art. 54, inciso II, que transcrevem.

Ressaltam que 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, vez que o software da SEFAZ/BA, apenas verifica o preenchimento de campos obrigatórios e autoriza ou não a emissão da NFe, não elaborando os cálculos de imposto, nem conferindo os valores informados pelo contribuinte, esta tarefa é desenvolvida pelos prepostos fiscais nas auditorias fiscais realizadas.

Observam ainda, que o autuado iniciou este procedimento ilegal através de sua filial de Itabuna (Inscrição Estadual nº 78.027.360), a partir de 04/02/2009, após a publicação do Decreto 11336/08 (DOE de 26/11/08), efeitos a partir de 01/02/09) que alterou o prazo para recolhimento do ICMS nas operações de saídas do AEHC, conforme dispõe o art. 126, inciso IV do RICMS/BA, que transcrevemos abaixo:

Afirmam que em virtude da alteração do art. 126, inc. IV, a partir de 01/02/2009 a SEFAZ-BA passou a exigir o recolhimento do ICMS nas operações de saídas do AEHC a cada operação realizada. Acrescentam que por este motivo, o autuado a partir de 04/02/2009, começou a utilizar o artifício ilegal para reduzir substancialmente o valor do ICMS-ST nas vendas do AEHC, recolhendo o valor reduzido do ICMS-ST e escapar da fiscalização de trânsito de mercadorias da SEFAZ-BA, pois apresenta o DAE de recolhimento a cada operação.

Esclarecem em relação à utilização do PMPF no cálculo do imposto, que a partir de 16/08/04, o cálculo do imposto nas saídas do produto AEHC – Alcool Etílico Hidratado Carburante é efetuado utilizando o PMPF – Preço Médio Ponderado a Consumidor Final, determinado através de ATO COTEPE - Comissão Técnica Permanente do ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ não é Pauta Fiscal da SEFAZ-BA. Quanto ao valor do PMPF e de sua aplicação para cálculo do ICMS-ST para o produto AEHC, que a autuada alega a “ilegalidade da cobrança” utilizando o PMPF, eximem-se de comentar, por ser matéria da competência do CONSEF e da PROFIS.

Quanto à alegação defensiva de boa-fé, transcrevendo o art. 159, § 1º, incisos II e III do RPAF/99 para rogar pela exclusão da multa e dos juros imputados, afirmam que o autuado não se enquadra

em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos II e III, do § 1º, do art. 159 do RPAF/99, pois utiliza serviços de empresa de contabilidade contratada, além de serviços próprios de contabilidade, 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”, pois, no caso em questão, é apenas o cumprimento da Legislação Tributária vigente, qual seja, o art. 54, inciso II do RICMS-BA, referente à Base de Cálculo, que determina a dedução de descontos incondicionais da base de cálculo do ICMS.

Concluem requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Versa o Auto de Infração sobre a retenção a menos do ICMS no valor de R\$101.854,24, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas de combustíveis 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, reduzindo indevidamente o imposto devido por substituição tributária nas saídas do produto AEHC.

O autuado alegou em sua impugnação não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, afirmação contraditada conforme demonstrado pelos autuantes.

Constato 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.

Nos demonstrativos apensados pelos autuantes, fls. 07 a 14, 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.

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.

Assim, concluo que o autuado não demonstrou incorreção alguma na apuração do tributo, diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, juntados ao processo, cujas cópias, embora não constem indicativos nos autos, lhe foram entregues, se depreende claramente através de alusão específica sobre o conteúdo dos demonstrativos na peça impugnatória, fl. 62.

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.

Por isso, considero caracterizada a infração objeto do presente Auto de Infração.

No que diz respeito ao pedido de dispensa ou exclusão da multa, não pode ser acolhido tendo em vista que a multa decorre de obrigação principal, e sua apreciação é de competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0020/11-6**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.854,24**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR