

PROCESSO	- A. I. N° 206960.0002/11-8
RECORRENTE	- PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0145-04/11
ORIGEM	- SAT/COPEC
INTERNET	- 02/08/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0176-12/12

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. Não acolhida a arguição de nulidade, bem como o pleito de revisão fiscal e o pedido de exclusão de multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 206960.0002/11-8, lavrado em 26/01/2011 para exigir ICMS no valor de R\$76.857,36, acrescido das multas de 60% e de 150%, em razão de duas irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às vendas de combustíveis e lubrificantes 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%.

INFRAÇÃO 2. Retenção e recolhimento a menos do 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, sendo exigido o imposto no valor de R\$2.280,00, acrescido da multa de 60%.

O Fisco acosta, às fls. 05 a 242, documentos que consistem, dentre outros, em Termos de Início de Fiscalização, Termo de Intimação, demonstrativos do levantamento fiscal realizado.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 248 a 252, e os autuantes prestaram informação fiscal produzida às fls. 261 a 264 mantendo as imputações.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0145-04/11, às fls. 267 a 270. Quanto ao mérito, em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

(...)

O pedido do defendente 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 vislumbro equívocos ou elementos de dúvida 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.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 279 a 283, quanto ao mérito reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em síntese, inicialmente o recorrente copia o teor das imputações, alega que a Decisão da Junta não mereceria prosperar, e diz que “Na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que o recorrente não teria realizado o recolhimento do ICMS-ST devido nas operações de saída de mercadoria. Todavia, tal relato não corresponde à realidade vivida pelo recorrente, posto que, houve sim o recolhimento do tributo devido a título de substituição.”

Afirma que teria havido erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração. Que esse Auto de Infração se refere a suposta falta de retenção do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadorias, mas que o Fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto o montante a título de ICMS devido por substituição, e também o quanto devido a título de ICMS “principal”. Que assim constatou-se a falta de retenção do tributo devido a título de substituição, mas que na realidade isto não teria ocorrido, porque o imposto teria sido recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria, conforme diz estar demonstrado nos autos.

Alega não ter havido erro na determinação da base de cálculo por parte dele, Recorrente. Que não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, porque ele, sujeito passivo, apenas preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. Diz que para que isto seja verificado, bastaria lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se veria que o valor deste não é computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte para que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, consequentemente, a diminuição da arrecadação tributária, e que, portanto o próprio programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

O Recorrente prossegue expondo que inobstante o quanto já alegara, saltaria aos olhos a ilegalidade da cobrança no que diz respeito ao seu valor, porque foi utilizada como referência a Pauta Fiscal contida na Instrução Normativa nº 29/2009, para que se obtivesse a base de cálculo do tributo. Diz que o valor “autuado” não poderia ter sido baseado em Pauta Fiscal porque esta não refletiria a realidade do mercado, e a autuação fiscal dever-se-ia basear em valores concretos, e não supostos e fictícios como os da Pauta Fiscal, sob pena de serem cobrados do contribuinte valores muito além do quanto efetivamente devido. Diz que o álcool hidratado na Bahia, à época, em raríssimas exceções foi comercializado a R\$2,00 o litro nos postos de combustível, e que assim tal valor seria calcado em parâmetros de origem desconhecida. Que, assim, para o Fisco estadual, ainda que o litro de álcool seja vendido a valores abaixo de R\$2,00, o produto será tributado, sempre, com base na Pauta Fiscal. Cita a Súmula nº 431 do STJ acerca da ilegalidade de cobrança de ICMS com base na pauta fiscal. Diz que deve o valor supostamente devido, caso confirmada a procedência da autuação, ser calculado com base no preço real de mercado praticado pelos postos de combustível à época.

Transcreve o art. 159, §1º, incisos II e III, do RPAF/99, acerca de dispensa e redução de multa. Aduz que caso se entenda pela manutenção da infração, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, que aduz estaria demonstrada por sempre procurar registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante este Estado.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 294 e 295 aduzindo que as teses recursais não merecem prosperar porque desprovidas de alicerce probatório. Que o contribuinte não traz documento que comprove o recolhimento do imposto retido a título de substituição tributária, estando a autuação calcada em farta análise, desnudada no demonstrativo de fls. 09 a 158 (Infração 1) e de fl. 159 (Infração 2).

O digno representante da PGE/PROFIS aduz que no quanto se refere à alegação de constitucionalidade da pauta fiscal, falece a este contencioso administrativo poder para decidir sobre a constitucionalidade de norma vigente e plenamente aplicável.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Não merece reparo a Decisão objeto do Recurso.

O imposto lançado foi calculado com base nos dados das notas fiscais e dos Documentos de Arrecadação Estadual – DAEs e Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNREs do próprio sujeito passivo, conforme evidenciado nos demonstrativos fiscais, em especial os demonstrativos de fls. 09 a 242, e o contribuinte, seja em fase de impugnação, seja em fase recursal, não logra comprovar equívoco nos dados apresentados pelo Fisco, e também não traz

aos autos qualquer comprovante de recolhimento do tributo exigido no Auto de Infração em julgamento. Assinalo que conforme os dados explicitados nos demonstrativos fiscais já mencionados neste voto, o Fisco não trata, na apuração do valor lançado de ofício, de uso de “desconto incondicional”, pelo que não é pertinente a alegação recursal neste sentido.

Observo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, e em razão desta vedação legal deixo de apreciar a alegação de constitucionalidade em relação à aplicação da pauta fiscal no cálculo do imposto a ser recolhido ao erário, na presente situação.

O pedido para redução, ou cancelamento, de multa por descumprimentos da obrigação principal, que é o objeto das imputações presentes no Auto de Infração em foco, pode ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

Por tudo quanto exposto, alinho-me com o entendimento esposado nos autos deste processo pela PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 206960.0002/11-8, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, “a” e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS