

A. I. Nº - 206960.0021/11-2
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE DE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT COPEC
INTERNET 09.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-05/12

EMENTA: ICMS. 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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/06/2011, com lançamento de ICMS no valor de R\$110.608,37 e multa de 60%, em razão da 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 o ICMS-ST retido e recolhido a menos por erro na determinação da base de cálculo. A alteração nº 140, do RICMS BA, com vigência a partir de 23.10.2010 (art. 512-B, §1º-A), determina o cálculo do ICMS-ST sobre a base de cálculo maior, com a utilização da MVA de R\$ 31,69 sobre o valor unitário de venda, no caso do contribuinte ter utilizado para base de cálculo do ICMS ST, valor menor que o PMPF do produto AEHC, no período fiscalizado.

A empresa autuada apresentou impugnação às fls. 31/35, aduzindo que, embora conste na planilha anexa ao Auto de Infração que a Impugnante teria incluído um “desconto incondicional” na base de cálculo do imposto, razão não assiste ao Fisco, uma vez que a Impugnante não o incluiu. Diz que conforme determina o próprio RICMS/BA, o desconto não foi levado em consideração para fins de apuração da base de cálculo do imposto. O que ocorreu foi um equívoco, por parte do Fisco, na apuração do valor do imposto devido a título de substituição quando da lavratura do Auto de Infração, razão pela qual entendeu o agente fiscal que a Impugnante não teria recolhido o ICMS-ST supostamente devido.

Aduz que não houve qualquer erro na discriminação da base de cálculo por parte da Impugnante e que sequer poderia incluir o citado desconto, pois o próprio *software* disponibilizado pelo Estado da Bahia impede que a inclusão do aludido desconto seja feita. Informa que bastaria lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor não é 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, em consequência, a diminuição da arrecadação tributária.

Explica que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor constante da Pauta Fiscal, que a fiscalização chama de “PMPF” (R\$ 2,00 o litro do AEHC), estabelecida por meio da Instrução Normativa 29/2009, e o valor da base de cálculo de seu ICMS Próprio, sem a inclusão do desconto incondicional concedido aos postos de combustível.

Esclarece que, para fins de apuração do valor do imposto devido, o Fisco levou em consideração, para fixar a base de cálculo, o valor cheio da Pauta Fiscal (“PMPF”), sem a dedução do valor da base de cálculo do ICMS próprio da Impugnante. Diz, contudo, que tal conduta está equivocada,

uma vez que o valor cheio da Pauta Fiscal (“PMPF”) não pode ser utilizado como base de cálculo para o ICMS-ST, pois esta decorre da operação de subtração entre a Pauta Fiscal (“PMPF”) e o valor da base de cálculo do ICMS Próprio e que foram ignorados todos os valores anteriormente pagos.

Deduz que a base de cálculo do ICMS-ST não é “Valor da Pauta Fiscal (PMPF)” como entende o Fisco, mas, o “(Valor da Pauta Fiscal - PMPF) – (Base de Cálculo do ICMS próprio)”. Aduz que o valor da autuação deve ser revisto, uma vez que foi adotada como base de cálculo o valor cheio da Pauta Fiscal – PMPF (R\$ 2,00/litro de álcool), quando deveria ter sido realizada a operação aritmética supracitada, deduzindo-se do valor da Pauta Fiscal (PMPF) o valor da base de cálculo do ICMS próprio do contribuinte, sob pena de exação em duplicidade (*bis in idem*), pois, sem a dedução do valor da base de cálculo do ICMS próprio para que se chegue na base de cálculo do ICMS-ST, o contribuinte, em verdade, está sendo novamente cobrado a título de ICMS próprio, cobrança esta embutida no valor devido a título de ICMS-ST.

Diz ainda que o valor autuado jamais poderia ter sido baseado em uma Pauta Fiscal, pois esta não reflete a realidade do mercado. A autuação fiscal deve ser baseada em valores concretos, e não supostos e fictícios (como é o caso da Pauta Fiscal), sob pena de ser cobrado do contribuinte valores muito além do quanto efetivamente devido. Lembra que o álcool hidratado na Bahia, à época, em raríssimas exceções foi comercializado a R\$ 2,00 (dois reais) o litro nos postos de combustível; que tal valor é completamente arbitrário e irrazoável; que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou a ilegalidade da cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal (Súmula 431).

Finaliza, apelando que, caso se entenda pela manutenção da infração, roga pela exclusão da multa (art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF) e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Os autuantes prestam Informação Fiscal, às fls. 116/119, argumentam que as razões defensivas são descabidas e não há sustentação fática em suas alegações.

Dizem que a ilegalidade da inclusão do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS normal resta comprovada pelo dispositivo legal previsto no capítulo IX do RICMS-BA referente à base de cálculo. Explica que o artigo 54, inciso II identifica a infração, que os valores dos campos da nota fiscal eletrônica de cálculo dos impostos são informados pelo próprio contribuinte e que o *software* da SEFAZ apenas confere os valores informados.

Informam que a tarefa de verificação é realizada quando das auditorias; que em virtude da alteração do art. 126 do RICMS (Decreto nº 11.336/08), a partir de 01/02/2009 a SEFAZ-BA alterou o prazo de recolhimento do ICMS e passou a exigir o recolhimento do ICMS nas operações de saída de AEHC a cada operação realizada. A partir de então, o autuado passou a utilizar o artifício ilegal para reduzir substancialmente o valor do ICMS-ST, escapando da fiscalização em trânsito, pois circula com DAE de recolhimento a cada operação com valores reduzidos.

Com relação ao PMPF (preço médio ponderado a consumidor final) esclarecem o seguinte:

A partir de 16.08.04, o cálculo do imposto nas saídas de AEHC utiliza-se o PMPF, 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.

Diz que sobre a aplicação da MVA de R\$ 31,69, no cálculo do ICMS-ST, em conformidade com a alteração nº 140 ao regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigência a partir de 23.11.2010 (art. 512-B, §1º-A), a autuado não apresenta alegações.

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 mantém o Auto de Infração em sua totalidade, justificando a sua total Procedência.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir o ICMS-ST, face à retenção e recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de AEHC (álcool etílico hidratado combustível) para contribuintes localizados neste Estado, nos termos dos artigos 512-B, §1º-A e 126, IV, todos do RICMS BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Argúi o impugnante que agiu de acordo com a legislação, não incluiu o desconto incondicional para fins de apuração da base de cálculo do imposto, considerando que o próprio *software* de emissão da nota fiscal eletrônica não permitiria a diminuição da arrecadação tributária.

Apesar de contestar a aplicação “PMPF” (o que chamou de pauta fiscal a R\$ 2,00 / litro do AEHC), estabelecida por meio da Instrução Normativa 29/2009, afirma que o levou em consideração. O Fisco é que, por equívoco adicional, não deduziu da Pauta Fiscal (PMPF), o valor da base de cálculo do ICMS próprio do contribuinte, e o exige novamente cobrando a título de ICMS próprio, o valor embutido do ICMS-ST.

Do exame das peças anexadas ao presente processo administrativo fiscal constato que a infração está devidamente descrita, fundamentada na legislação e o demonstrativo fiscal, anexo aos autos às fls. 07 a 13, reflete os valores das operações constantes das diversas notas fiscais eletrônicas de saídas, no período fiscalizado, os valores lançados e as respectivas diferenças de ICMS-ST ainda por recolher.

Verifico, antes, com relação à alegação do desconto incondicional, que não existe qualquer impedimento para sua inclusão na apuração da base de cálculo das notas fiscais eletrônicas de saída, a partir de *software* da SEFAZ, o direito não assiste ao autuado. Tais valores foram discriminados no demonstrativo fiscal elaborado pelos Auditores Fiscais, revelando diferenças significativas de redução da base de cálculo do ICMS próprio, por conta da referido desconto, o que implicou diretamente valor do ICMS-ST exigido na presente exação.

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. Equivocada é a arguição da defesa de que não houve dedução do valor na base de cálculo do ICMS próprio do contribuinte. Em contrário, o valor total do ICMS próprio foi considerado, na apuração do montante de ICMS – ST recolhido a menos.

Quanto ao argumento de ilegalidade da cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal, entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça (Súmula 431), não compete sua apreciação pelos órgãos julgadores desse Conselho de Fazenda, conforme o disposto no art. 167, I do RPAF/BA.

Por fim, com relação 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 **206960.0021/11-2**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 110.608,37**, acrescido de multa de 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, 05 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR