

A. I. N ° - 206960.0016/11-9
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 14.06.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0114-02/12

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 15/06/2011, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$239.775,54, em razão da retenção a menos de ICMS, e o consequentemente 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, em conformidade com a alteração nº 140, do RICMS BA, com vigência a partir de 23.10.2010, e que determina o cálculo do ICMS-ST sobre a base de cálculo maior, com a utilização da MVA de 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.

O autuado, às folhas 40 a 44, ao impugnar o lançamento tributário aduz que não houve qualquer erro na determinação da Base de Cálculo por parte da Impugnante. Houve apenas a aplicação de um desconto, o qual, segundo os termos da própria legislação e da Jurisprudência do STJ, não deve ser considerado para efeitos de cálculo do ICMS, transcrevendo trecho do RECURSO ESPECIAL Nº 1.167.564 - MG (2009/0221735-5), relativo ao Estado de Minas Gerais, como segue:

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE : (...)

ADVOGADO : (...)

RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : JOSÉ ROBERTO DE CASTRO E OUTRO(S)

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÃO MERCANTIL COM DESCONTO INCONDICIONADO - AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO DA MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

- 1. O valor dos descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS na operação do contribuinte substituto por conta própria.*
- 2. Não se presume a subsistência dos descontos incondicionais nas operações subsequentes da cadeia de circulação de mercadorias.*
- 3. Sobre as operações de circulação de mercadorias posteriores à operação do contribuinte substituto utiliza-se a base de cálculo presumida, descabendo falar-se em perpetuidade dos descontos incondicionais.*
- 4. Recurso especial não provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr.

Ministro Castro Meira, divergindo da Sra. Ministra Eliana Calmon, dando provimento ao recurso, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Vencido o Sr. Ministro Castro Meira." Os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília-DF, 05 de agosto de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON Relatora

Frisa que o próprio *software* da SEFAZ, no qual são lançadas as informações da operação de circulação, não permite que o desconto incondicional seja considerado na base de cálculo. Desse modo, o autuado não pode ser punido por fato imputável a terceiro, tendo em vista que o próprio programa da SEFAZ procede dessa forma. Para que seja verificado esse fato, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá 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 cálculo do ICMS e, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária. Ou seja: o próprio sistema de registro contábil do Fisco, qual seja, o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica, impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Alega, ainda, que outro fator que obsta o prosseguimento da autuação está na forma de cobrança do tributo. O Fisco insiste em efetuar a cobrança do ICMS com espeque em pauta fiscal, fato este que já fora rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões. Tais decisões foram tão contundentes, que o STJ chegou a editar uma súmula sobre o assunto: *Súmula 431: "É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal"*.

Ressalta que caso a questão do desconto na base de cálculo seja julgado procedente, tal decisão influencia diretamente na quantificação do ICMS Próprio, fato este que deve ser considerado por esse colegiado.

Argumenta que, caso esse Colegiado entenda que tais razões não são suficientes para cancelar a cobrança, o que não se espera, roga pela aplicação do art. 159, § 1º, inciso II e/ou III do RPAF:

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

§ 1º O pedido de aplicação de equidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:

(...)

II - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação;

III - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração;

(...)

Assim, caso se entenda pela manutenção da infração, roga o autuado pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Ao finalizar, requer improcedência da autuação.

O auditor autuante, fls. 124 a 126, ao prestar a informação fiscal, argumentam que as razões defensivas são desconstruídas, ou seja, fora do contexto da ação fiscal, pois a infração se refere a utilização da maior Base de Cálculo para efeito de apuração do ICMS-ST nas saídas do produto AEHC, neste caso em que o contribuinte utilizou valor menor que o PMPF para apurar o ICMS-ST. É o que determina a Alteração nº 140 do RICMS, com Vigência a partir de 23/11/2010. Como se vê, a infração levantada não se refere a desconto concedido, nem a pauta fiscal, como alega a defesa.

Quanto a multa e juros dizem que é matéria de competência do CONSEF.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, constatai que o Auto de Infração não foi assinado pelo sujeito passivo e não consta nenhum documento ou termo que comprove quando a

ciência foi formalizada. Observei, ainda, que o levantamento fiscal que embasou a acusação, fls. 07 a 14v., embora conste na última página o campo para que o autuado firme o recebimento, no referido campo não consta o recebimento pelo contribuinte e não consta nenhum outro documento que comprove a respectiva entrega. Assim, visando evitar alegação de cerceamento do direito de defesa, foi proposta por este Relator e aceita pela 2ª JJF a conversão do PAF em diligência a INFAZ DE ORIGEM para entregar, mediante recibo, cópia do Auto de Infração com todos os seus anexos, fls. 01 a 14 – frente e verso-, informando-lhe sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Como o pedido, inicialmente, não foi acatado pela INFAZ DE ORIGEM, o pedido de diligência foi reitera pela Junta de Julgamento Fiscal.

Em nova manifestação defensiva, após reabertura do prazo de defesa em 30 dias, às folhas 138 a 144, o autuado aduz que foi autuada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia por meio do Auto de Infração nº 206960.0016/11-9, lavrado em 15/06/2011, em razão do suposto cometimento das seguintes infrações:

***Infração 01.** ICMS-ST recolhido e retido a menor, por ter incluído ilegalmente o desconto incondicional na composição da base de cálculo do ICMS próprio, nas operações de saída do produto AEHC.*

***Infração 02.** Falta de recolhimento do ICMS Próprio, no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, cujos valores foram apurados corretamente pelos Auditores Fiscais Autuantes.*

Prosseguindo, reiterou os argumentos anteriores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS-ST em razão da retenção a menos de ICMS, e o consequentemente 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, em conformidade com a alteração nº 140, do RICMS BA, com vigência a partir de 23.10.2010, e que determina o cálculo do ICMS-ST sobre a base de cálculo maior, com a utilização da MVA de 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.

Embora na segunda manifestação defensiva o autuado tenha se referido a duas infrações, tal fato não ocorreu. O Auto de Infração em lide trata somente de uma única imputação, já acima mencionada.

Em sua defesa o sujeito passivo alega 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.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, pois não existe qualquer impedimento para inclusão do desconto incondicional na apuração da base de cálculo das notas fiscais eletrônicas de saída, a partir de *software* da SEFAZ. 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.

Cabe ressaltar que a infração se refere a utilização a maior Base de Cálculo para efeito de apuração do ICMS-ST nas saídas do produto AEHC, neste caso em que o contribuinte utilizou valor menor que o PMPF para apurar o ICMS-ST, conforme determina a Alteração nº 140 do RICMS, com vigência a partir de 23/11/2010. Portanto, a infração levantada não se refere a desconto concedido, nem a pauta fiscal, como alega a defesa.

Conforme previsto nos artigos 512-A e 512-B, IV do RICMS/BA, nas operações com AEHC, a base de cálculo do imposto determinada conforme Alteração nº 140 do RICMS, com vigência a partir de 22/11/2010, com utilização da MVA de 31,69.

Logo, entendo que 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.

No tocante 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.

Quanto ao pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios, também não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado. Cabe ressaltar que o 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.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0016/11-9**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$239.775,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR