

A. I. Nº - 206960.0015/12-0
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET 06.11.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0270-04/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE (AEHC). FALTA DE PAGAMENTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FISCAL DO PERCURSO. A antecipação parcial, prevista no art. 352-A do RICMS/BA, corresponde a diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização. Em verdade o sujeito passivo não se insurgiu contra a infração apontada, portanto fica mantida. Infração procedente. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE. SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. RETENÇÃO DO IMPOSTO A MENOR.** Nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível, o ICMS a ser recolhido por substituição tributária será pago no momento da saída da mercadoria, exceto quando a distribuidora tiver autorização da COPEC para efetuar o pagamento em momento posterior. Comprovado que o sujeito passivo ilegalmente o desconto incondicional na base de cálculo do ICMS normal, reduzindo indevidamente o ICMS-ST nas operações de saídas do produto AEHC. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/06/2012, exige ICMS no valor total de R\$13.939.052,13, através das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor Histórico: R\$9.325.103,77 – Multa de 60%;
2. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, sendo ICMS-Substituição Tributária retido e recolhido a menor, por ter incluído ilegalmente o desconto incondicional na composição da Base de Cálculo do ICMS Próprio, reduzindo indevidamente o ICMS-ST nas operações de saídas do produto AEHC. Valor Histórico: R\$4.613.948,36 – Multa de 60%;

O autuado apresenta a impugnação, fls. 223/229, em premissa, alega nulidade da autuação, tendo em vista que o procedimento de apuração do débito não possui qualquer esboço legal porque a quantificação do débito foi baseada na pauta fiscal.

Diz que a utilização de uma pauta fiscal para que se proceda em relação ao cálculo do valor devido a título de tributo é absolutamente ilegal, sendo recentemente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ, em maio de 2010, por meio de sua Súmula nº 431, que se baseou no que diz a Lei Complementar nº 87/96, instrumento legal responsável por regular o procedimento e os elementos que irão constituir o cálculo do ICMS nas hipóteses de substituição tributária para frente, mas nunca previu a utilização do instrumento de pauta fiscal. Para explicar o corrido transcreve o teor do art. 8, II, da Lei Kandir (LC 87/96).

Afirma, ainda, que no momento da retenção do ICMS a ser recolhido pelo substituído (posto de combustíveis) pelo substituto tributário (distribuidor de combustíveis), não há condições de se aferir qual será o valor do litro cobrado ao consumidor final, na bomba de combustível, sendo que o Fisco é obrigado a criar, com base em critérios técnicos previstos em lei, uma presunção do preço pelo qual o produto será vendido ao consumidor final.

Todavia, explica que a simples leitura do dispositivo supratranscrito permite inferir que, para efeitos de definição da base de cálculo no caso de substituição tributária para frente, o único instrumento de presunção adequado para a quantificação desta base de cálculo é a Margem de Valor Agregado (MVA). É este o único instrumento de presunção que tem amparo legal.

Registra que qualquer outro instrumento normativo (Decreto, Portaria, Regulamento etc.), que trate de forma diferente daquela prevista na referida LC, é absolutamente ilegal e alheio ao ordenamento jurídico pátrio. Os instrumentos infralegais não podem alterar o teor da Lei, mas apenas atuar dentro dos seus limites regulando, de forma mais minuciosa, a sua aplicação.

Acrescenta, ainda, que a utilização de outros instrumentos de presunção, em especial a pauta fiscal, é comum no Brasil. Contudo, como demonstrado, a pauta fiscal não possui regulação, o que demonstra a sua completa irregularidade. Desse modo, o instrumento de presunção se transforma em uma verdadeira ferramenta de incremento de arrecadação, prejudicando, com isso, os direitos do contribuinte, que sempre acaba pagando mais tributo do que o devido.

Argumenta que a LC é a responsável por dispor sobre normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre definição de base de cálculo (art. 146, III, “a”, da CF), tendo regras que subordinam qualquer legislação ordinária, federal ou estadual, sobre o imposto e, em momento algum tratou da pauta fiscal ou de instrumento sequer análogo a esta, jamais poderia o Estado de Sergipe criar uma base de cálculo para o ICMS-ST com base nela.

Argui que tal atitude importa uma verdadeira inovação legislativa, o que é vedado em relação à definição da base de cálculo dos tributos, por se tratar de matéria tributária de caráter geral - reservada, portanto, à LC, segundo o artigo supracitado, com isso, além de violar a LC 87, a pauta fiscal do Estado de Sergipe sequer está prevista em uma lei estadual, o que, por si só, também demonstra a sua ilegalidade. Assim, resta nítido que uma pauta fiscal que diz respeito à ocorrência do fato gerador e à base de cálculo do próprio tributo jamais poderia ter sido veiculada por meio de um ato infralegal, mas tão-somente por meio de uma lei, e, inclusive, de uma LC, de caráter nacional. Por esse motivo o STJ, após diversas decisões no sentido de que a utilização de pauta fiscal era ilegal, editou a súmula retro mencionada. Buscou-se frear os abusos e retomar a regulação da lei. Dessa forma, a MVA é o único instrumento legítimo para quantificar o ICMS-ST, e não a pauta fiscal.

Explica que teve problemas em sua contabilidade, pois deixou de escriturar em seu Livro Fiscal, bem como incorreu em erro material decorrente do equívoco em relação ao valor da alíquota, não por má-fé, mas por imprevistos ocorridos quando da sua instalação, principalmente, no que tange ao seu setor contábil que sofreu com tais contratempos a ponto de descumprir tal obrigação que, inegavelmente, seria adimplida em condições normais. Portanto, não é cabível a imposição de multa em razão de ter sempre procurado agir imbuído de boa-fé, e em conformidade com a legislação tributária vigente de modo a facilitar a arrecadação. Assim, a conduta praticada supera

o critério da tipicidade (objetivo), pois é, de fato, definida como infração pelo art. 10, II, “a”, da Lei nº 11.514/97.

Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência. Nesse sentido vale destacar a decisão do STJ pela exclusão de multa aos contribuintes que agiram de boa-fé (REsp nº 494.080/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 16/11/2004; RESP nº 699.700).

Quanto à parcela que deixou de ser recolhida (diferença das alíquotas), devem ser compensados os valores dos créditos decorrentes de operações anteriores de entrada das mercadorias no estabelecimento da empresa, porque o recolhimento, ou seja, o “encontro de contas”, provém do princípio constitucional da não-cumulatividade, previsto no art. 155, §2º, I, CF. Reproduz o dispositivo. Desse modo, portanto, não compensar tais valores vai de encontro à Constituição Federal.

Pede pela Improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 240/243, na qual, transcrevem as infrações com os seus respectivos valores imputados, como também as principais argumentações da impugnação defensiva.

Logo, de início, informam que as argumentações do autuado são descabidas, pelas quais nunca alcançarão esta pretensão ora discutida, pois não há sustentação fática em suas alegações.

Conforme relatos do item “II – Da Defesa”, fica evidenciado que o autuado não se deu ao trabalho de verificar que o Auto de Infração foi lavrado por auditores fiscais da SEFAZ/Ba, sendo que as suas argumentações se referem à Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe-SEFAZ/Se.

Na infração 1 - Falta de recolhimento do ICMS – Antecipação Parcial, referente operações de entradas de combustíveis – o autuado não se manifestou em nenhum momento.

Em relação à infração 2, apresentou alegações como se o Auto de Infração tivesse sido lavrado pela SEFAZ/Se e também não se referiu a esta Infração, apurada e registrada no Auto de Infração, sendo que o argumento é sobre “diferença de alíquotas”, conforme registra em sua alegação, a qual transcrevemos a seguir: *“Em que pese ainda seja devida à parcela que deixou de ser recolhida (referente à diferença das alíquotas)...”*, o que não tem nada a ver com a infração levantada e registrada na autuação, pois se refere à *“ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO E RECOLHIDO A MENOR, POR TER INCLUIDO ILEGALMENTE O DESCONTO INCONDICIONAL NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS PRÓPRIO, REDUZINDO INDEVIDAMENTE O ICMS-ST NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO PRODUTO AEHC”*.

Portanto, em relação às infrações 1 e 2, não apresentou nenhuma alegação em sua defesa, fato que, impossibilitou aos autuantes de apresentarem as informações fiscais necessárias, por não existir alegações contestando as infrações levantadas no Auto de Infração.

Em relação às multas aplicadas, transcrevem parte do artigo do RPAF, para afirmar que o autuado não se enquadra nas hipóteses previstas nos incisos II e III, do § 1º, do art. 159 do RPAF, que se referem à boa-fé do sujeito passivo, pois este é reincidente no descumprimento da obrigação tributária principal, o que fica comprovado tanto pelas Infrações levantadas no presente Auto de Infração, quando nos diversos Autos de Infração lavrados anteriormente. Portanto, a total improcedência da autuação é descabida.

Concluem pedindo pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, ressalto que o sujeito passivo em sua defesa, argui que fora utilizada a pauta fiscal do Estado de Sergipe, para aferir a base de cálculo do ICMS exigido neste Auto de Infração. Este

argumento não procede, pois em nenhum momento, consoante dos demonstrativos anexados aos autos, dos quais recebeu cópia,

Com relação à infração 1, esta se refere à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, nas operações de entradas de combustíveis, demonstrado na planilha de cálculo de fls 09 a 52 do PAF, com a dedução dos valores de ICMS de Antecipação Parcial, efetivamente, recolhidos pelo contribuinte, comprovados através do histórico de recolhimentos (CD gravado anexo ao AI.) e dos relatórios de arrecadação por receita, do Sistema de Controle de Arrecadação da SEFAZ- Bahia.

A antecipação parcial, prevista no art. 352-A do RICMS/BA, corresponde a diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização. Em verdade o sujeito passivo não se insurgiu contra a infração apontada, portanto fica mantida. Infração procedente.

Quanto à infração 2, esta resultou da retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, sendo ICMS-Substituição Tributária retido e recolhido a menor, por ter incluído ilegalmente o desconto incondicional na composição da Base de Cálculo do ICMS Próprio, reduzindo indevidamente o ICMS-ST nas operações de saídas do produto AEHC. As planilhas de cálculo encontram-se nas fls. 73 a 215 do PAF. Ressalto que o contribuinte equivocadamente menciona que a infração é referente à diferença de alíquotas, o que contradiz a acusação fiscal.

Nos termos do artigo 512-A, do RICMS-BA, as distribuidoras de combustíveis são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com o álcool etílico hidratado carburante (AEHC). Por força do previsto no inciso IV do artigo 126 desse citado Regulamento, nas operações de saídas de AEHC, o ICMS a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária será pago no momento da saída da mercadoria.

No que tange à utilização da pauta fiscal, ressalto que a Lei nº 7014/96 expressamente prevê tal hipótese e, o teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador administrativo a decretação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Outrossim, integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Portanto, de acordo com o § 1º do art. 17, da Lei nº 7.014/96, que trata “Da base de Cálculo”, os descontos incondicionais não integram a base de cálculo, portanto foram indevidamente incluídos pelo contribuinte, o que resultou na redução indevida do ICMS S-T, nas operações de saídas do produto AEHC.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFES, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com o recolhimento a menos do ICMS devido por substituição tributária, conforme determina o art. 126, IV, parágrafo único, II, do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:

[...]

IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.

[...]

Parágrafo único. Nas hipóteses do inciso IV, os contribuintes poderão, mediante autorização competente, recolher o imposto decorrente de substituição tributária por antecipação até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, sendo que:

[...]

II - quando distribuidores de combustíveis, mediante autorização da COPEC.

Desse modo foi correto o procedimento do autuante, ao lavrar o Auto de Infração em tela para cobrar o ICMS devido por substituição tributária que não sido recolhido na íntegra, no momento previsto.

Quanto ao pedido de dispensa de multa e dos acréscimos moratórios não pode ser acatado, uma vez que tal matéria, por ser referente a descumprimento de obrigação principal, é da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99. Caso seja do interesse do autuado, ele poderá requerer à Câmara Superior a referida dispensa, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas as formalidades e condições ali previstas.

Infração mantida na totalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0015/12-0**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.939.052,13**, acrescido da 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, 23 de outubro de 2012.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA/PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR