

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0020/11-6
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0274-03/11
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET -04/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0272-12/13

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. Comprovado que na apuração do ICMS devido por substituição a base de cálculo foi apurada incorretamente. Infração não elidida. Mantida a Decisão de primeiro grau. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

Auto de Infração, lavrado em 20/06/2011, exige ICMS no valor de R\$101.854,24, acrescido da multa de 60% em razão da retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes 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 sido 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 Álcool Etílico Hidratado Carburante - AEHC. Estão anexados aos autos: Demonstrativo de Débito, fl. 03, planilha de levantamento do débito tributário referente à infração, cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, cópias do livro Registro de Entradas, e do livro Registro de Saídas.

Após análise das peças processuais, a 3ª JJF prola a seguinte Decisão de mérito a respeito da lide:

Versa o Auto de Infração sobre a retenção a menos do ICMS no valor de R\$101.854,24, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes 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.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 175/184). Após indicar a infração a si imputada e a Decisão da JJF, diz que ela não há de prosperar, tendo em vista que não houve qualquer infração à legislação tributária.

Afirma que o imposto devido por substituição tributária havia sido efetivamente recolhido no momento das saídas das mercadorias. A autuação foi fruto, pois, de equívoco dos autuantes na apuração do valor do imposto devido por substituição, registrando que não houve erro, de sua parte, na discriminação da base de cálculo, que seguiu, inclusive, entendimento da Secretaria da Fazenda, não incluindo o desconto incondicional na base de cálculo do imposto, uma vez que o *software* disponibilizado pelo Estado da Bahia impede que a inclusão de tal desconto seja feita.

Que, por tais razões, recolheu o imposto a título de substituição tributária com base na diferença entre o valor da pauta fiscal e o do imposto próprio, sem o cálculo do desconto incondicional concedido aos postos de combustíveis. Reafirma não ter havido equívoco no recolhimento realizado, vez ter atendido à legislação tributária, não tendo realizado recolhimento com base em pauta fiscal, conforme afirmado na autuação de forma equivocada.

Diz que o fato do valor da base de cálculo do imposto a ser recolhido se apresentar maior do que o valor total da nota fiscal decorre do que denomina “*absurda pauta fiscal utilizada*”, o que implica na descon sideração do valor da nota fiscal para calcular o valor do imposto e, sim, de um valor previamente estabelecido. Sustenta que tal cobrança é ilegal, vez que a pauta fiscal aplicada ao álcool carburante (etanol) estava fixada, à época da ocorrência dos fatos geradores, em R\$2,00, valor além da realidade do mercado.

Aduz ser o mecanismo de pauta fiscal instrumento impróprio para aumento da arrecadação do tributo, “*o que registra sua nulidade e demanda*”, sendo necessária à revisão dos valores tidos como devidos, de forma que o débito seja calculado com base no valor da nota fiscal, vez ser este documento o único capaz de fornecer parâmetros reais e adequados para que seja feito o cálculo do ICMS por substituição tributária, ou, se for o caso, por meio da utilização da margem de valor agregado (MVA), e não pauta fiscal. Neste sentido, transcreve enunciado de Decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na qual aquele tribunal afirma ser ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime de pauta fiscal. Apega-se, também, ao argumento de que a Lei Complementar nº 123/87 jamais previu que a base de cálculo do ICMS pudesse ser calculada com base em pauta fiscal, tendo o Estado da Bahia ao aceitar este instrumento, promovido uma “*inovação legislativa*”.

Registra que o Estado da Bahia, ao violar a Lei Complementar nº 123/87, sequer contempla com previsão legal a adoção de pauta fiscal, valendo-se de ato normativo infralegal do COTEPE.

Finalmente, ao amparo do artigo 159 do RPAF/99, pleiteia a dispensa ou redução da multa aplicada, caso se entenda que o lançamento encontra-se realizado de forma legal, por ter agido de boa-fé, concluindo com o pedido de improcedência do Auto de Infração.

No seu opinativo, do lavra da n. Procurador José Augusto Martins Junior, a PGE/PROFIS (fls. 259/260) após abordar as teses apresentadas pelo recorrente, diz que pela análise dos autos resta provado que o recorrente incluiu indevidamente no cálculo do ICMS normal o valor do desconto incondicional, reduzindo, desta forma, o ICMS-ST e não fez prova contrária ao fato.

Que os demonstrativos elaborados pelos autuantes revelam os cálculos corretos e pormenorizados do ICMS-ST a ser recolhido, utilizando-se o preço médio ponderado prescrito no art. 512-B, do RICMS/97, devidamente validado pelo art. 8º, § 4º das LC nº 87/96.

Opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

VOTO

A infração apurada no presente Auto de Infração trata da retenção a menor de imposto devido por substituição tributária, relativo a operações internas, pela inclusão na base de cálculo do imposto de desconto incondicional na composição da base de cálculo do ICMS próprio, relativamente ao produto AEHC.

Os argumentos recursais são os mesmos de sua defesa inicial e foram devidamente rechaçados pela JJF. Porém como trazidos a esta 2ª Instância, novamente os aprecio.

Preliminarmente ressalto de que a infração encontra-se perfeitamente caracterizada nos autos, pois constatada a partir da escrituração do próprio contribuinte, especificamente dos seus livros fiscais de Entradas, Saídas e Registro de Apuração do ICMS e NF'e, conforme Demonstrativo de fl. 07/14.

A respeito do argumento recursal de que o imposto “*foi efetivamente recolhido pelo recorrente no momento das saídas das mercadorias*”, falece de respaldo para ser recepcionado, uma vez que a acusação fiscal não é de falta de recolhimento do ICMS-ST, mas sim, de seu recolhimento a menos, tendo em vista o fato de o recorrente ter incluído, na base de cálculo do imposto relativo à operação própria, “desconto incondicional” concedido quando de suas vendas. Ressalto, neste momento, de que o art. 54, II, do RICMS/97 dispunha que os descontos relativos ao valor das operações e constantes dos documentos fiscais serão deduzidos da base de cálculo, porém assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos, fato não caracterizado na presente lide. Em consequência, não podem eles ser incluídos da base de cálculo do imposto, quando de seu cálculo. E, se fato for que o sistema de emissão de nota fiscal eletrônica não permite a inclusão na base de cálculo do valor do desconto incondicional concedido, também é fato que nada impede que no momento da escrituração de tal documento, o cálculo do ICMS seja feito. Por consequência e para o caso específico, aplica-se a regra do art. 143 do RPAF/BA de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Quanto à utilização de pauta fiscal para apuração do imposto devido por substituição tributária, e a sua ilegalidade, não cabe a este Conselho de Fazenda Estadual tal apreciação, conforme previsão contida no art. 167, inciso I, do RPAF/99. Porém, observo que aqui não foi aplicada para o cálculo do ICMS-ST a pauta fiscal estabelecida através de Instrução Normativas emanada da Superintendência de Administração Tributária, com âmbito circunscrito ao Estado da Bahia. O valor estabelecido para o cálculo do imposto devido por substituição tributária do produto AEHC (álcool combustível) é o preço médio ponderado ao consumidor final (PMPF), estipulado através de Ato COTEPE (Comissão Técnica Permanente do ICMS do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ), que possui abrangência nacional, e não apenas o território do Estado da Bahia e que, eventualmente, pode estar a maior, ou a menor, do que o preço real e efetivo da

operação. Tal preço objetiva nivelar a tributação do produto nacionalmente e esta sistemática passou a vigorar, a partir de 16 de agosto de 2004, por consenso entre as unidades federadas.

No mais, a infração está devidamente caracterizada e o imposto apurado em conformidade com a legislação tributária estadual, nos termos dos arts. 512-A e 512-B, II, do RICMS/B97.

Com relação ao pedido de dispensa de multa, neste momento não pode ser acatado. Poderá o recorrente, na forma contida no art. 159 do RPAF/99, dirigir-se à Câmara Superior do CONSEF, nos termos previstos no artigo 169, § 1º, do mesmo regulamento.

Por tudo quanto exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **206960.0020/11-6**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.854,24**, 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, 09 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS