



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE

ACÓRDÃO Nº	28/2015
PROCESSO Nº	2011/81/12604
RECORRENTE:	BASF S/A
ADVOGADO:	MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT – OAB/SP Nº 173.362
ADVOGADA:	LIA MARA FECCI – OAB/SP Nº 247.465
ADVOGADA:	DANIELA INOUE – OAB/SP Nº 180.736-E
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADOR FISCAL:	FELIX ALMEIDA DE ABREU
RELATOR:	Conselheiro HILTON DE ARAÚJO SANTOS
DATA DE PUBLICAÇÃO	

E M E N T A

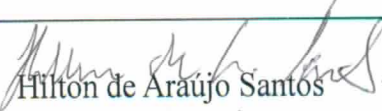
TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DESCONTOS INCONDICIONAIS INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ST. PRECEDENTES DO STJ.

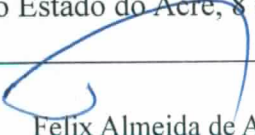
1. Não se sustenta a preliminar de nulidade da decisão recorrida, pois essa examinou todos os argumentos trazidos pela Recorrente, máxime quando assevera que, no seu entender, o desconto incondicional não integra a base de cálculo do aludido imposto, por mais que a fundamentação legal não seja aquela esperada pelo Recorrente.
2. O Superior Tribunal de Justiça – STJ tem firme entendimento de que na ausência de substituição tributária, os descontos incondicionais, assim como as mercadorias dadas em bonificações, não integram a base de cálculo do ICMS (Súmula STJ nº 457).
3. Na hipótese de haver substituição tributária, o STJ, também, entende que integram a base de cálculo do ICMS-ST os valores concedidos a título de descontos incondicionais, assim como as mercadorias dadas em bonificações, aplicando-se, assim, o art. 8º da LC 87/96 (EResp 715.255/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, Primeira Seção, DJe 23/2/11).
4. No cálculo do ICMS-ST torna-se imprescindível a definição de duas bases de cálculos, primeiramente a do ICMS próprio e, após, a do ICMS-ST. Assim, o desconto incondicional não integra a base de cálculo do ICMS normal, enquanto que na do ICMS-ST o desconto deve ser integrado na base de cálculo.
5. Não cabe ao órgão administrativo deixar de aplicar instrumento normativo sob alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade (art. 175 da Lei Estadual nº 07/82), tarefa reservada aos órgãos do Poder Judiciário (artigo 102, I, “a” c/c artigo 97, ambos da CF/88).
6. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso interposto por BASF S/A, **ACORDAM** os membros do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário da supracitada empresa e, via de consequência manter a decisão singular da Diretoria de Administração Tributária da SEFAZ/AC de nº 1.120/2011, que julgou procedente o lançamento consignado no Auto de Infração nº 4.794, Mod. 2, Série 01, tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator que é parte integrante deste julgado e, que recomendou, ainda, a baixa dos autos à Diretoria de Administração Tributária para que proceda ao lançamento complementar, por entender que o autuante não incluiu o valor do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS-ST. Participaram do julgamento os Conselheiros a seguir nominados: Israel Monteiro de Souza (Presidente), Hilton de Araújo Santos (Relator), Antônio Raimundo Silva de Almeida, Nabil Ibrahim Chamchoum e José Thomaz de Mello Neto. Presente, ainda, o Procurador Fiscal Felix Almeida de Abreu. Sala das Sessões, Rio Branco, Capital do Estado do Acre, 8 de abril de 2015.


Israel Monteiro de Souza
Presidente


Hilton de Araújo Santos
Conselheiro Relator


Felix Almeida de Abreu
Procurador Fiscal



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE – CONCEA

Processo Administrativo nº 2011/81/12604

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2011/81/12604
RECORRENTE: BASF S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 01.005.829/002-51
ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 4.794
ADVOGADO: MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT – OAB/SP Nº 173.362
ADVOGADA: LIA MARA FECCI – OAB/SP Nº 247.465
ADVOGADA: DANIELA INOUE – OAB/SP Nº 180.736-E
PROCURADORA FISCAL: LEANDRO RODRIGUES POSTIGO MAIA
RELATOR: HILTON DE ARAÚJO SANTOS

BASF S/A, já devidamente qualificada nos autos, representada aqui por seu advogado (procuração em anexo), interpôs **RECURSO VOLUNTÁRIO**, em 23 de novembro de 2011, contra Decisão Administrativa nº 1.120 (fls. 113/116), proferida em 7 de outubro de 2011, e intimada em 25 de outubro de 2011, no bojo do Processo Administrativo nº 2011/81/12604, pela Diretoria de Administração Tributária que julgou improcedente o pedido de cancelamento e posterior arquivamento do Auto de Infração nº 4.794, Mod. 2, Série 01, tendo em vista que a reclamante ao determinar a base de cálculo para apuração do ICMS/ST apropriou-se indevidamente do crédito fiscal relativo ao desconto incondicional, considerando que este não faz parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria (art. 13, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Lei Complementar nº 87/96).



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE – CONCEA

Processo Administrativo nº 2011/81/12604

Preliminarmente, a Recorrente pleiteia que seja decretada a nulidade da decisão acima mencionada, por não ter considerado as premissas fáticas e os fundamentos que amparavam o seu direito, não tendo apreciado, por conseguinte, o mérito deduzido na impugnação, posto que a fundamentou em dispositivo atinente à sistemática de tributação normal e não a relativa à substituição tributária.

Requer, ainda, o cancelamento da autuação considerando que o art. 8º da LC nº 87/96 ao definir a base de cálculo do ICMS, para fins de substituição tributária, não faz nenhuma menção acerca da exclusão dos descontos incondicionais, diferente do que se verifica da leitura do art. 13 da LC nº 87/96, que dispõe sobre a base de cálculo do ICMS apurado na operação normal e exclui dessa base de cálculo os descontos incondicionais. Assim, à título de remate, aduz que o valor do desconto incondicional deve ser incluído na base de cálculo do ICMS operação própria, para fins do cálculo do ICMS-ST, sustentando ser este o entendimento mais atual e uníssono do STJ e da doutrina acerca do tema.

Por fim, sustenta que a multa imposta ofende o princípio do não-confisco e que é ilegítimo a exigência de juros de mora sobre a multa.

Atendendo à norma insculpida no artigo 41 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre – CONCEA –, aprovado pelo Decreto nº 13.149, de 4 de novembro de 2005, os autos foram encaminhados à Procuradoria Fiscal para se manifestar acerca do recorrido.

A douta Procuradoria opinou às fls. 164/184 pelo improvimento do presente recurso aduzindo que: a) não há que se falar em nulidade da decisão, pois o não acatamento das teses da impugnação não implica cerceamento de defesa, pois o órgão julgador não está obrigado a julgar conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso; b) não merece prosperar a pretensão quanto à integração do desconto comercial na base de cálculo do ICMS, ainda



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE – CONCEA

Processo Administrativo nº 2011/81/12604

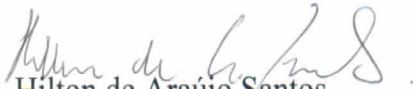
que em regime de substituição tributária; e c) não contraria os princípios constitucionais do não-confisco, a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória definida na legislação que rege a matéria, sendo que a vedação refere-se aos impostos, não sendo de aplicação direta às multas.

Conclusos os trâmites, os autos foram encaminhados a este colegiado misto para a distribuição e parecer do conselheiro relator.

É o relatório.

Em razão disso, solicito a inclusão em pauta para julgamento no Conselho de Contribuintes do Estado do Acre.

Rio Branco, 8 de abril de 2015.


Hilton de Araújo Santos
Conselheiro – Relator



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE – CONCEA
Processo Administrativo nº 2011/81/12604

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2011/81/12604
RECORRENTE: BASF S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 01.005.829/002-51
ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 4.794
ADVOGADO: MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT – OAB/SP Nº 173.362
ADVOGADA: LIA MARA FECCI – OAB/SP Nº 247.465
ADVOGADA: DANIELA INOUE – OAB/SP Nº 180.736-E
PROCURADORA FISCAL: LEANDRO RODRIGUES POSTIGO MAIA
RELATOR: HILTON DE ARAÚJO SANTOS

Voto

Trata-se de recurso voluntário interposto tempestivamente pelo contribuinte acima identificado que se insurge contra a decisão proferida pela Diretoria de Administração Tributária por intermédio da Decisão DIAT nº 1.120/2011 que julgou improcedente o pedido formulado em sua reclamação contra a autuação consubstanciada no Auto de Infração nº 4.794, lavrado em 21 de junho de 2011, *por entender que os descontos incondicionais integram a base de cálculo do ICMS-ST*. Na oportunidade, ainda, demanda pela nulidade da presente decisão, pois que está assentada em dispositivo alheio ao cerne da questão, segundo o seu entendimento.

Quanto a preliminar de nulidade da decisão, considero que a mencionada decisão examinou todos os argumentos trazidos pela reclamação, máxime quando assevera que, no seu entender, o desconto incondicional não integra a base de cálculo do aludido imposto, por mais que a fundamentação legal não seja aquela esperada pelo Recorrente.

Na essência, a peça recursal se restringe à integração ou não *Jo*



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE – CONCEA

Processo Administrativo nº 2011/81/12604

dos descontos incondicionais, também chamados de comerciais, na base de cálculo do ICMS-ST.

Sendo assim, é imprescindível compreender quais foram as divergências que resultaram na citada autuação. Para tal objetivo, vamos examinar, agora, os cálculos realizados tanto pela Recorrente quanto pela Divisão de Substituição Tributária desta Secretaria para se chegar ao valor do ICMS-ST. Para isso, utilizaremos as planilhas (fls. 07/52) que subsidiaram a lavratura do referido Auto de Infração.

Neste sentido, considerando que se trata de mercadorias remetidas à área de livre comércio e utilizando os dados referentes à nota fiscal nº 63.523, temos:

BASF			
A	Valor	R\$ 5.499,80	
B	Desc. Com.	R\$ 329,99	6% de A
C	BC Normal	R\$ 5.499,80	A
D	ICMS Normal	R\$ 384,99	7% de C
E	BC ST	R\$ 7.238,01	(A-B-D) + 51,27%
F	ICMS ST	R\$ 845,48	(17% de E) - D

Divisão de ST			
A	Valor	R\$ 5.499,80	
B	Desc. Com.	R\$ 329,99	6% de A
C	BC Normal	R\$ 5.169,81	A-B
D	ICMS Normal	R\$ 361,89	7% de C
E	BC ST	R\$ 7.272,95	(A-B-D) + 51,27%
F	ICMS ST	R\$ 874,51	(17% de E) - D

Antes de adentrarmos ao mérito em si, fazemos duas observações:

a) O Convênio ICMS 65/88 prevê isenção de ICMS nas saídas de produtos industrializados de origem nacional, quando destinadas à comercialização ou industrialização nas ALC, para isso o estabelecimento emitente deverá abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção.

b) Sobre os produtos comercializados se aplica o Convênio ICMS nº 74/94, que estabelece que a margem de valor agregado nesta situação é de 6



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE – CONCEA

Processo Administrativo nº 2011/81/12604

51,27% (Cláusula terceira, § 3º).

Dos cálculos trazidos à colação, assinala-se que há uma única dissensão e se refere a inclusão ou não do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS Normal, o que resulta em diferentes valores de ICMS-ST. Já com relação a base de cálculo do ICMS-ST, ambos não integraram o valor da referido desconto.

Neste sentido, o recorrente insurge-se contra os cálculos que levaram à autuação e que não integraram o desconto comercial na base de cálculo do ICMS próprio, sendo que o deduz da base de cálculo do ICMS-ST, desdizendo os argumentos expendidos em seu recurso.

Quanto a este ponto, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem entendimento pacífico de que, na ausência de substituição tributária, os descontos incondicionais, assim como as mercadorias dadas em bonificações, não integram a base de cálculo do ICMS, aplicando-se o disposto no art. 13, § 1º, II, “a”, da LC 87/96. Foi, inclusive, o que decidiu a Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.111.156/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), que resultou na edição da Súmula 457/STJ que enuncia que “os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS”.

Por outro lado, este mesmo Tribunal, na hipótese de haver substituição tributária, entende que integram a base de cálculo do ICMS-ST os valores concedidos a título de descontos incondicionais, assim como as mercadorias dadas em bonificações, aplicando-se, assim, o art. 8º da LC 87/96 (EREsp 715.255/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, Primeira Seção, DJe 23/2/11).

Analisando a questão, temos que no cálculo do ICMS-ST torna-se imprescindível a definição de duas bases de cálculos, primeiramente a do ICMS próprio, também chamado de normal, e, após, o do ICMS-ST. Deste modo, amparado nas decisões do STJ, entendo que o desconto incondicional não integra a base de cálculo do ICMS normal, enquanto que na do ICMS-ST o desconto dever ser *16*



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE – CONCEA

Processo Administrativo nº 2011/81/12604

integrado a base de cálculo. Neste sentido, os cálculos necessários para se chegar ao montante devido do ICMS-ST ficariam desta maneira:

Relator			
A	Valor	R\$ 5.499,80	
B	Desc. Com.	R\$ 329,99	6% de A
C	BC Normal	R\$ 5.169,81	A-B
D	ICMS Normal	R\$ 361,89	7% de C
E	BC ST	R\$ 7.772,12	(A-D) + 51,27%
F	ICMS ST	R\$ 959,37	(17% de E) - D

Sendo assim, considero que a referida autuação deveria ter integrado o desconto incondicional à base de cálculo do ICMS-ST, o que resultou em valor menor que o devido, fazendo-se necessário realizar um lançamento complementar para cobrar a respectiva diferença, respeitando o prazo decadencial de que fala o art. 150, § 4º do CTN.

Ademais, quanto às possíveis inconstitucionalidades ou ilegalidades apontadas pelo contribuinte (caráter confiscatório da multa e da ilegalidade dos juros sobre a multa), é forçoso registrar que não cabe à qualquer órgão administrativo deixar de aplicar instrumento normativo alegando vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade, tarefa esta reservada aos órgãos do Poder Judiciário (artigo 102, I, “a” c/c artigo 97, ambos da CF/88). E reafirmando o princípio da legalidade, contido no artigo 37 da CF/88, a Lei Estadual nº 07/82, denominado Código Tributário do Estado do Acre, prescreve o seguinte, *verbo ad verbum*:

Art. 175 - As decisões administrativas serão incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei, decreto ou portaria de Secretário de Estado.



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE – CONCEA

Processo Administrativo nº 2011/81/12604

Do exposto, voto pela **IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO** realizado pelo Recorrente, uma vez que para o cálculo do ICMS próprio os valores concernentes ao desconto comercial não integram a sua respectiva base de cálculo (art. 13, § 1º, II, “a”, da LC 87/96); o que não ocorre na hipótese do ICMS-ST, em que os descontos comerciais integram a sua respectiva base de cálculo (art. 8º da LC 87/96).

Por fim, voto, ainda, pela **REFORMA** da Decisão DIAT nº 1.120/2011, recomendando a baixa dos autos à Diretoria de Administração Tributária, no sentido de efetuar lançamento complementar do ICMS-ST referente às operações acobertadas pelos documentos fiscais listados às fls. 7/52, considerando que os valores referentes aos descontos incondicionais devem integrar a base de cálculo do ICMS-ST.

Senhor Presidente, este é o meu voto.

Rio Branco, 8 de abril de 2015.

Hilton de Araújo Santos
Conselheiro – Relator