

A. I. N° - 206960.0029/09-1
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 28. 12. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0435-01/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. **a)** IMPOSTO APURADO ATRAVÉS DO REGIME NORMAL. Comprovado que o contribuinte deixou de recolher o saldo devedor do imposto apurado em seus livros fiscais, restando caracterizada a exigência no que pertine ao imposto normal. **b)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. No que se refere ao ICMS relativo à substituição tributária, que foi retido e não recolhido, considerando que se trata de imputação de natureza diversa, o lançamento é nulo. Infração parcialmente subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. PAUTA FISCAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RELATIVO À ANTECIPAÇÃO PARCIAL. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Mantida a exigência fiscal, tendo em vista a comprovação da irregularidade procedimental na composição da base de cálculo. Rejeitado o pleito pela dispensa ou redução das multas, bem como das demais cominações legais. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 20/07/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$1.891.327,93, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de outubro a dezembro de 2008, exigindo imposto no valor de R\$1.813.732,12, acrescido da multa de 50%. Consta que se refere à falta de recolhimento do ICMS normal e do ICMS substituição tributária nas operações com o produto álcool etílico hidratado carburante – AEHC, lançados no livro Registro de Apuração do ICMS e nas DMAs, conforme cópias anexadas;

02 – recolheu a menos ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de outubro a dezembro de 2008, exigindo imposto no valor de R\$77.595,81, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte calculou e recolheu a menos o ICMS da antecipação parcial do álcool etílico hidratado carburante – AEHC, em razão de erro na determinação da base de cálculo, por não ter utilizado o valor determinado na pauta fiscal (R\$1,00 por litro) – Instrução Normativa nº. 34/2007 da SEFAZ/BA, em conformidade com o Protocolo ICMS nº 17/04.

O contribuinte impugnou o lançamento tributário às fls. 158 a 164, ressaltando que a autuação é totalmente improcedente, conforme demonstrará.

Tratando sobre a infração 01, realça que não procede a acusação de que teria registrado, porém sem efetuar o pagamento do ICMS substituição e do ICMS normal em operações tributáveis com álcool etílico hidratado. Argumenta que durante os procedimentos de instalação da empresa, ocorreram diversos contratempos referentes a problemas de erro de escrituração da contabilidade, porém o débito efetivo não corresponde àqueles encontrados na autuação.

Suscita que os créditos fiscais decorrentes das entradas de mercadoria no seu estabelecimento não foram devidamente contabilizados, implicando em uma grande redução do débito apurado pela fiscalização. E mesmo que isso não prevaleça, ressalta a sua boa-fé, uma vez que, como dito na autuação, sempre lançou os valores de débitos na sua escrita contábil, declarando-os ao fisco. Contudo, por estar se instalando no Estado, não teve condições de arcar com todos os tributos decorrentes de sua atividade, haja vista que a pauta fiscal da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil.

Realça ser largamente sabido que o litro do produto nunca foi vendido ao preço de R\$2,00, o que significa que o valor da pauta é totalmente desproporcional à realidade. Isto porque, enquanto a mercadoria chega a ser vendida a R\$0,91, o Estado presume um valor muito superior para a operação ao consumidor, o que é completamente descabido. Frisa que a margem de lucro presumida pelo Estado da Bahia é superior a 110%, não existindo preço sequer próximo ao previsto na pauta fiscal.

Entende que esse fato torna a pauta fiscal um instrumento impróprio para cálculo do tributo, o que deve conduzir à revisão dos valores tidos como devidos, de forma que o ICMS seja calculado com base no valor da nota fiscal e não da pauta. Aduz que o STJ - Superior Tribunal de Justiça -, já decidiu desta forma, conforme processo nº. RMS 16.810/PA, cuja ementa transcreveu.

Assim, ainda que se entenda que o débito subsiste, requer que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista que a pauta fiscal é ilegal, por ser alheia à realidade do mercado. No caso de manutenção da infração, pugna pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, pois sempre declarou adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia. Para tanto, utiliza-se do disposto no art. 159, § 1º, incisos II e III do RPAF/BA.

Ao abordar a infração 02, assevera que o recolhimento a menos do imposto decorreu de erro quando da contabilização dos valores de débitos fiscais de ICMS, na entrada da mercadoria no Estado da Bahia. Afirma que em virtude de um equívoco, no cálculo foram levados em conta os valores de pauta de Sergipe, entretanto o erro foi quase imperceptível, pois até os fiscais dos postos fiscais não perceberam e liberaram a entrada da mercadoria na Bahia.

Frisa que essa circunstância evidencia a boa-fé do autuado, que contabilizou, equivocadamente, o valor de pauta de outro estado, ao invés da pauta da Bahia, requerendo, por essa razão, a exoneração da aplicação de multa e/ou juros de mora, por se tratar de mero erro de fato, o qual inclusive não foi percebido, de início, pelas autoridades fiscalizadoras.

Observa, ainda, que se trata de valor a título de antecipação e que, se não houve recolhimento antecipado, houve recolhimento na saída, de forma que não existiu qualquer prejuízo para os cofres do tesouro estadual, não cabendo se falar em saldo remanescente de débito, pois o valor, de uma forma ou de outra, seria recolhido. Isto mostra, mais uma vez, a boa-fé do impugnante, o que permite excluir qualquer aplicação de juros e de multa, nos termos do art. 159 do RPAF/BA.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes, em informação fiscal produzida às fls. 203 a 206, salientam que as argumentações da defesa são inócuas, destituídas de sustentação fática, contestando-as conforme segue.

No que se refere à infração 01, afirmam que todas as alegações do autuado são inconsistentes, aproximando-se mais de uma confissão do débito tributário, desde quando são descabidas e incapazes de justificar o descumprimento da obrigação principal.

Quanto à alegação que agiu de boa-fé, solicitando a exclusão da multa e dos juros, ressaltam que o contribuinte não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos II e III do § 1º do art. 159 do RPAF/BA, mencionados na impugnação. Frisam que o autuado se utiliza dos serviços de uma empresa de contabilidade, além dos seus próprios, não se justificando a alegação de “*dúvida de interpretação*” da legislação tributária, nem “*de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o nível de instrução e as condições adversas do local da infração*”, considerando que no presente caso exige-se, tão somente, o cumprimento do que determina a Instrução Normativa nº. 34/2007 da SEFAZ/BA, concernente ao valor da pauta para o litro de álcool etílico hidratado carburante.

Concluem que as alegações do autuado são totalmente improcedentes.

Tratando sobre a infração 02, realçam que a justificativa do impugnante de que se equivocara ao utilizar a pauta fiscal de outro estado não tem nenhuma sustentação legal para amparar a sua pretensão de exoneração da multa e dos juros de mora.

Contestam a afirmação do contribuinte de que não ocorrera prejuízo para o tesouro estadual, sob a justificativa de que se não pagara o imposto na entrada o fizera na saída, asseverando que não ocorreu nenhum recolhimento do imposto nas saídas das mercadorias (ICMS normal e relativo à substituição tributária), o que se comprova através da infração 01, imputação que conduziu à infração 02.

Ratificam toda a ação fiscal e sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Saliento que o processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, que se encontram fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA), não ensejando em qualquer violação aos princípios que norteiam o processo administrativo, tendo em vista que a defesa foi exercida plenamente, quando o sujeito passivo demonstrou ter perfeito conhecimento das infrações, que se encontram fundamentadas nos demonstrativos e em documentos fiscais. Ressalvo, tão somente, que conforme discorrerei mais adiante, uma parcela da infração 01 deve ser considerada nula, haja vista que se refere a imputação diversa daquela constante do enquadramento da infração, assim como da multa sugerida.

A infração 01 se originou da constatação da falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, correspondendo tanto ao imposto normal como àquele correspondente à substituição tributária, relativos às operações com álcool etílico hidratado carburante (AEAC).

O autuado se insurgiu contra esta exigência tributária apresentando as seguintes alegações: que durante a instalação da empresa teriam ocorrido problemas de erro de escrituração em sua

contabilidade, porém que o débito efetivo não corresponderia àquele apontado pelo fisco; que créditos fiscais relativos a entradas de mercadoria não teriam sido devidamente contabilizados; ressaltou a sua boa-fé, por ter sempre lançado os valores devidos na sua escrita contábil, os quais não teria tido condições de pagar, em decorrência do valor atribuído para o produto na pauta fiscal da Bahia ser desproporcional à realidade; e utilizou-se de Acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça, referente a imposição fiscal lastreada em pauta fiscal.

Quanto aos motivos vinculados a problemas advindos da instalação do estabelecimento, que teriam provocado erros de cálculos nos valores dos débitos e dos créditos fiscais, tendo em vista que tais argumentos não se fizeram acompanhar de provas materiais, entendo que não bastam para elidir nem mesmo parcialmente a exigência tributária.

No que diz respeito ao fato de os valores dos débitos terem sido regularmente lançados, o que demonstraria a boa-fé do contribuinte, ressalto que o seu procedimento apenas reforça o acerto do lançamento nos moldes como efetivados pelo fisco, tendo em vista que apesar de escriturados, os valores apurados não foram devidamente recolhidos aos cofres públicos.

Já em relação à insurgência contra os valores da pauta fiscal estabelecida na Bahia, vejo que em conformidade com a cláusula quarta, inciso I do Protocolo ICMS nº. 17/04, nas aquisições de mercadorias oriundas de unidades da Federação não signatárias desse Protocolo, o que vem a ser o caso dos autos, o imposto a ser apurado deverá ser baseado “*no valor da operação ou no valor de referência estabelecido pela unidade Federada de destino, prevalecendo o que for maior*”. Deste modo, o cálculo procedido pela fiscalização tem amparo legal.

Vejo que não faz sentido, ademais, a alegação do contribuinte de que a pauta fiscal no Estado da Bahia para o produto em questão seria de R\$2,00, desde quando a partir de 15/08/2007, a referida pauta passou a ser estipulada no valor de R\$1,70, através da Instrução Normativa nº. 47/2007, a qual se encontrava em vigor durante o período compreendido pela ação fiscal.

Por outro lado, analisando o demonstrativo produzido pela fiscalização (fl. 10), constato que os valores apontados se referem exatamente aos montantes apurados e lançados pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 11 a 27) e informados nas correspondentes DMAS (declarações mensais de apuração). Constato que de acordo com as informações constantes do sistema de pagamentos da SEFAZ, tais valores realmente não foram recolhidos.

Verifico, entretanto, que a fiscalização incorreu no seguinte equívoco: apesar de realmente todos os valores consignados nessa infração se encontrarem “*escrituradas nos livros fiscais próprios*”, fato este que, portanto, está em conformidade com o teor da acusação fiscal, o montante apurado corresponde ao resultado da apuração de dois componente do tributo estadual devido pelo contribuinte, que representam a parcela do imposto dito “normal”, isto é, aquela originária das operações próprias realizadas pelo contribuinte, e a segunda parcela, que se constitui no imposto concernente às operações subsequentes, o qual foi retido pelo autuado de seus clientes, em decorrência de sua condição de contribuinte substituto, ICMS que ele está obrigado a recolher aos cofres estaduais.

E é em relação a esta segunda parte que reside o mencionado equívoco, desde quando tendo o impugnante retido essa parcela do imposto e não tendo efetuado o seu subsequente recolhimento em favor do Estado, essa infração não pode ser tida como aquela enquadrada no Auto de Infração, por se referir à retenção e não recolhimento do imposto de forma tempestiva. Deste modo, considerando que este fato resulta em mudança no fulcro da autuação, inclusive com o agravamento da multa para 150%, prevista no inciso V, alínea “a” do art. 42 da Lei nº. 7.04/96, implicando que o imposto correspondente não pode ser exigido por meio da presente autuação, represente à autoridade competente no sentido de programar nova ação fiscal, visando à cobrança do tributo, acompanhado de seus acréscimos legais, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Assim, a infração 01 resta parcialmente caracterizada, no montante de R\$452.241,90, de acordo com a tabela abaixo:

OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
10/2008	63.154,81
11/2008	60.835,96
12/2008	328.251,13
TOTAL	452.241,90

No que concerne à infração 02, vejo que decorreu do recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo relativa à antecipação parcial, por não ter sido utilizado o valor estabelecido na pauta fiscal para o produto AEHC.

Ressalto ter ficado amplamente evidenciado que o contribuinte compreendeu a acusação fiscal, tendo alegado que agira com boa-fé e que as diferenças encontradas pela fiscalização decorreram de equívoco por ele incorrido na apuração do imposto devido na entrada da mercadoria no Estado, quando se utilizara dos valores de pauta vigentes em outro estado. Disse, ainda, que se não recolheu o imposto de forma antecipada, o fez na saída das mercadorias, concluindo que não teria existido prejuízo para o Estado da Bahia.

Percebo que o sujeito passivo, mais uma vez, confessou ter incidido na irregularidade apurada pelos autuantes, enquanto que as justificativas apresentadas não o desoneram de pagar o imposto não recolhido aos cofres estaduais, mesmo porque não disponibilizou nenhuma prova de que em um outro momento teria recolhido as diferenças assinaladas no Auto de Infração.

Uma verificação dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, em especial daqueles acostados às fls. 60 a 70, me convence totalmente de que os valores das diferenças encontradas estão corretos, desde quando foram apontados os dados relativos a cada nota fiscal de aquisição, com os respectivos montantes do ICMS devido, dos créditos fiscais, bem como das correspondentes diferenças. Acrescento que o cálculo procedido pela fiscalização está condizente com a determinação contida na Instrução Normativa nº. 34/2007 e alterações posteriores. Assim, a infração 02 fica integralmente mantida.

Quanto ao pedido de dispensa ou de redução das multas, bem como das demais cominações legais, considerando que as irregularidades estão devidamente caracterizadas, ficando evidenciado que o cometimento das infrações implicou na falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Ademais, de acordo com o art. 159 do RPAF/BA, a apreciação do pedido de dispensa ou redução de multa por infração relativa a obrigação principal, ao apelo de equidade, é atribuição da Câmara Superior deste CONSEF.

Por fim, saliento que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide, não havendo nenhuma necessidade de revisão dos cálculos realizados pelo fisco estadual.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206960.0029/09-1, lavrado

contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$529.837,71**, acrescido das multas de 50% sobre R\$452.241,90 e de 60% sobre R\$77.595,81, previstas no art. 42, incisos I, alínea “a” e II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, referente à infração 01, no que concerne à parcela do imposto retido e não recolhido pelo contribuinte, em conformidade com o disposto no art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR