

PROCESSO - A. I. N° 206960.0040/09-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0215-04/10
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 09/05/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0082-11/11

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO CALCULADO DE ACORDO COM O REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Os autuantes revisaram os cálculos do tributo devido, retirando as quantias referentes aos descontos incondicionais, posto que já consideradas na infração 3. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0215-04/10), na parte em que julgou procedente em parte o item 1 da presente autuação, que acusa o sujeito passivo da falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS normal lançado no livro Registro de Apuração e nas DMA's. Demonstrativo à fl. 10. Valor exigido de R\$ 2.965.116,71 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, "a" da Lei nº 7.014/96.

A Junta de Julgamento Fiscal, quanto à mencionada infração 1, assim decidiu a lide administrativa, *in verbis*:

"A infração 01 exige o assim chamado ICMS normal, em virtude de o autuado ter lançado o imposto no Livro Registro de Apuração e não tê-lo recolhido (fl. 10).

Ocorre que a base de cálculo do tributo destacado no mencionado Livro Fiscal estava "inflada" pela indevida inclusão dos descontos incondicionais na mesma, em afronta ao art. 54, II do RICMS/BA, fato que também repercutiu na valoração do ICMS-ST (infração 03), visto que o minorou.

Quanto ao argumento defensivo de que a desconsideração do desconto incondicional aumenta a base de cálculo do ICMS-ST e reduz a base de cálculo do ICMS normal (infração 01), observo que, de forma a evitar o "bis in idem", à fl. 271, os autuantes revisaram os cálculos do tributo devido, retirando dos mesmos as quantias referentes aos mencionados descontos, posto que já consideradas na infração 03. Acato o levantamento de fl. 271, elaborado pelos autuantes quando da informação fiscal, de maneira que o valor devido na infração 01 fica reduzido de R\$ 2.965.116,71 para R\$ 1.167.402,11.

Infração 01 parcialmente elidida".

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a 4ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 287/293, aduzindo, em tópico intitulado **"Infração 01"**, que, quando de sua instalação, houve problemas de erros na escrituração da contabilidade, de forma que o débito da sociedade empresarial não alcança os valores encontrados na autuação.

Diz que recolheu o ICMS com base na diferença entre o valor constante da Pauta Fiscal (R\$1,80 o litro) e o valor do seu ICMS próprio, sem o cálculo do desconto incondicional concedido aos postos de combustível. Assim, entende não ter havido qualquer equívoco no recolhimento

efetuado pelo contribuinte nem no cômputo da base de cálculo por ele procedido, uma vez que observou exatamente o que dispõe a legislação tributária.

Afirma não se tratar de um artifício ilegal supostamente utilizado para reduzir o ICMS-ST nas vendas do AEHC e escapar da fiscalização, mas de uma operação absolutamente lícita e condizente com o próprio software da SEFAZ. Salienta que o fato de o valor da base de cálculo do imposto a ser recolhido ser maior do que o valor total da nota fiscal decorre não da conduta do contribuinte, mas da absurda pauta fiscal utilizada pelo Estado da Bahia.

Discorrendo sobre esse ponto, assevera que, na época, a pauta fiscal aplicada ao álcool carburante equivalia a R\$1,80 por litro, valor este que está muito além da realidade do mercado, em que a mercadoria chegava a ser distribuída por R\$0,91. Considera descabido presumir uma margem de lucro de 100%, o que torna a pauta fiscal um instrumento impróprio para aumentar a arrecadação do Estado.

Entende, nesses termos, que devem ser revistos os valores tidos como devidos, de forma a permitir que o ICMS seja calculado com base no valor da nota, uma vez que somente esta é capaz de fornecer parâmetros reais e adequados para que seja feito o cálculo do imposto a título de substituição tributária, ou, se for o caso, por meio da utilização da MVA, e não levando em consideração pauta fiscal.

Sustenta que a pauta fiscal, à luz do art. 8º, da LC 87/96, é irrazoável e alheia à realidade do mercado, tendo sido, inclusive, considerada ilegal por força da Súmula 431, do STJ.

Pede a exclusão da multa e dos juros com fundamento no art. 159, do RPAF, pugnando, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fl. 376/378, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, ao argumento de que o art. 515-B, do RICMS, prevê a exigência do imposto na situação verificada na infração 1, desta autuação. Salienta a possibilidade de utilização da pauta fiscal e a existência de previsão quanto à apuração da base de cálculo nas operações internas com AEHC, lastrada no Protocolo ICMS 17/2004, com valores estabelecidos na Instrução Normativa nº 34/2007. Conclui pela inexistência de irregularidade na apuração do tributo.

Esclarece, ao final, que o pedido de exclusão da multa deve ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, atendidos os requisitos do art. 159, do RPAF.

VOTO

Consoante relatado, embora o presente Auto de Infração contemple cinco ilícitos tributários distintos atribuídos ao sujeito passivo, apenas a infração 1 é objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário que merecerão a apreciação desta Câmara de Julgamento Fiscal, valendo ressaltar que, em tal item, acusa-se o contribuinte de ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de junho, julho e agosto de 2009.

Quanto ao Recurso de Ofício, tenho que a Decisão de primeira instância administrativa, na parte em que desonerou o contribuinte, não é digna de reparos.

Com efeito, constataram os autuantes, no tocante à infração 3, que o sujeito passivo, no mesmo período objeto da infração 1, incluiu, no cômputo da base de cálculo do ICMS-ST, descontos incondicionais, conseguindo, com esse artifício, que o valor da base de cálculo do ICMS Normal ficasse maior do que o valor total da Nota Fiscal, reduzindo, assim, o valor do ICMS-ST.

Ao considerar a ilegalidade do cômputo desses descontos incondicionais, respaldados no art. 54, II, do RICMS, os autuantes provocaram o aumento do ICMS-ST devido pelo sujeito passivo, que foi exigido na infração 3 desta autuação e, via de consequência, a redução do ICMS Normal também devido pelo sujeito passivo no mesmo período, exigido na infração 01, desta autuação. Portanto,

a redução levada a efeito pela Junta de Julgamento Fiscal, de acordo com o que os próprios autuantes consignaram em sua informação fiscal, tem o manifesto intuito de evitar a cobrança em duplicidade do mesmo imposto.

Assim, a desoneração está correta.

Quanto ao Recurso Voluntário, o sujeito passivo trouxe, basicamente, duas questões, ambas relativas à infração 1. A primeira delas, relativa ao cômputo dos descontos incondicionais na composição da base de cálculo das operações com AEHC, o que, como visto linhas atrás, já foi devidamente resolvido, tendo os autuantes refeitos os cálculos da exigência contida no item, com considerável redução do imposto exigido.

A segunda argumentação trazida pelo sujeito passivo diz respeito à utilização da pauta fiscal como parâmetro para apuração da base de cálculo dessas operações de vendas de AEHC.

Não se desconhece a ilegalidade flagrante da utilização de valores fixados em pauta fiscal para a apuração da base de cálculo das operações de circulação de mercadorias tributadas pelo ICMS, estando a questão, atualmente, disciplinada pela Súmula 431, do Superior Tribunal de Justiça.

Para a hipótese vertente, contudo, a questão da legalidade ou não de utilização da pauta fiscal perde a relevância, à medida que a infração 1, objeto do Recurso Voluntário, trata de imposto declarado pelo sujeito passivo em seu livro Registro de Apuração do ICMS e não recolhido. É dizer, a fiscalização não está tributando operações especificamente consideradas, por ter constatado que o sujeito passivo deixou de utilizar a pauta fiscal quando deveria tê-lo feito; a fiscalização está exigindo do contribuinte o imposto que ele mesmo escriturou em seu livro de apuração e que não foi recolhido no prazo legal.

Merece registro o fato de que a escrituração do contribuinte, por força da legislação aplicável à espécie, deve refletir, com fidelidade, os documentos fiscais relativos às operações e prestações realizadas pelo contribuinte, consoante se observa do art. 319, do RICMS, a seguir transcrito:

“Art. 319. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária”.

Especificamente sobre o Livro Registro de Apuração do ICMS, dispõe o Regulamento:

“Art. 331. O livro Registro de Apuração do ICMS, modelo 9 (Anexo 47), destina-se ao lançamento mensal dos totais dos valores contábeis e os dos valores fiscais relativos ao ICMS, das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação utilizados ou prestados, extraídos dos livros próprios e agrupados segundo o Código Fiscal de Operações e Prestações (Conv. SINIEF, de 15/12/70).

(...)

§ 8º O livro de que cuida este artigo servirá de fonte para o preenchimento dos documentos de informações econômico-fiscais (...).”

Fica, portanto, devidamente demonstrado que os dados escriturados pelo sujeito passivo nos seus Livros Fiscais, em especial no livro Registro de Apuração do ICMS, devem espelhar a realidade das operações realizadas. Como não se pode presumir a ilegalidade, deve-se presumir, até prova em contrário, que os registros feitos pelo sujeito passivo estão corretos.

Logo, a insubsistência da infração 01 passa, necessariamente, pela desconstituição dos registros feitos pelo sujeito passivo, que deve ser feita, se é que é possível, dentro dos limites estabelecidos no RICMS/BA para reescrituração de livros fiscais e correção de notas fiscais. Como essas providências não foram adotadas administrativamente pelo contribuinte, até mesmo porque não seria possível corrigir notas fiscais para alterar o valor do imposto incidente sobre a operação, a exigência deve ser mantida.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício apresentados, mantendo, na íntegra, a Decisão de primeira instância administrativa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206960.0040/09-5**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 2.978.416,72**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.167.402,11, 60% sobre R\$1.803.205,71, 70% sobre R\$7.562,84 e 150% sobre R\$246,06, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a” e “e”, III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS