

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0082/10-3
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0144-01/11
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 30/11/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-12/12

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. VALORES ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. A exigência pertinente ao Auto de Infração em lide, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios pelo contribuinte. Na apuração do ICMS devido, a Fiscalização verificou os lançamentos realizados pelo contribuinte, tendo constatado que o imposto devidamente escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS não fora recolhido. Infração caracterizada. Não apreciado o pedido de exclusão da multa e dos juros e indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/11/10 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$358.810,41, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - Deixou de recolher ICMS no (s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS Normal lançada e não recolhido, conforme Livro Registro de Apuração do ICMS e DMA's.

O contribuinte apresentou Defesa às fls. 54 a 56, pedindo pela improcedência da infração. O fiscal autuante ofereceu Informação Fiscal às fls. 171 a 173, rebatendo alegações defensivas e pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

Não acolho a solicitação de realização de diligência, considerando que na formulação do pedido não foi fundamentada a sua necessidade. Indefiro, portanto, o pedido em questão, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF/BA, tendo em vista, ademais, que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes para o meu convencimento e Decisão da lide.

Observo que o Auto de Infração se refere à exigência de ICMS, em decorrência de o autuado ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. No levantamento, os autuantes apuraram, através da verificação do livro Registro de Apuração do ICMS e das DMAs (declarações e apurações mensais do ICMS), que o contribuinte efetuou a apuração e o lançamento do ICMS normal, porém não o recolheu.

Após analisar os elementos acostados pelos autuantes, que correspondem ao Demonstrativo do ICMS Próprio Lançado e não Recolhido, às cópias das DMAs, do livro Registro de Apuração do ICMS, dos livros Registro de Entradas e de Saídas, constato que a apuração conduzida pela Fiscalização está fartamente documentada, não restando nenhuma dúvida quanto ao acerto da exigência fiscal. Isto, porque se encontra comprovado que o

impugnante realmente apurou o ICMS concernente às operações próprias nos valores consignados no Auto de Infração, porém não efetuou os respectivos recolhimentos.

Ressalto, assim, que tendo em vista que os valores exigidos através do presente lançamento foram apurados e lançados na escrita fiscal pelo próprio contribuinte, fato constatado através de seus livros fiscais e nas DMAs, descabem as alegações defensivas atinentes ao cálculo do ICMS relativo à substituição tributária, sob o pretexto de que “se o Fisco procura majorar o valor do ICMS-ST devido pela impugnante, ele deveria, por consequência, reduzir o valor devido a título de ICMS próprio”, desde quando a exigência tributária está ancorada nos próprios cálculos realizados pelo impugnante em relação às operações por ele realizadas. E pelas mesmas razões, entendo que não pode ser aceita a alegação quanto à ocorrência de erros incorridos pelo setor contábil do contribuinte.

Vale aqui registrar que o autuado não efetuou nenhum recolhimento a título de ICMS próprio em relação a nenhum dos meses objeto da autuação, apesar de tê-lo apurado em todo o período. Em vista disso, considero totalmente subsistente a infração.

Quanto ao pedido de exclusão da multa e dos juros, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à multa, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido pode ser encaminhado, nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA. No que concerne aos juros, não existe previsão para a sua exclusão.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria escriturado em seus livros fiscais, considero a infração subsistente e voto pela procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 190 a 194), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Após fazer uma sínteses da demanda, passa a discursos sobre os fundamentos da Decisão de piso. Alega que é preciso frisar que *“a majoração do ICMS-ST influencia diretamente no cálculo do ICMS devido por operação própria, pois a base de cálculo do primeiro é oriunda da diferença entre o valor da pauta fiscal (!?) e a base de cálculo do segundo. Tem-se portanto, que é válida a discussão acerca da legalidade da cobrança do ICMS-ST, pois se trata de questão prejudicial em relação à cobrança do ICMS próprio”*

Fala que os valores lançados a título de ICMS na sua escrita fiscal não correspondem ao real valor das vendas realizadas, *“pois decorrem da sistemática de cobrança inconstitucional e ilegal instituída pela SEFAZ/BA”*. Assevera que as normas do Estado da Bahia no cálculo do imposto sobre combustíveis utiliza o valor presumido da mercadoria, mediante o instrumento da pauta fiscal, ao invés do preço da nota fiscal de venda ou de aplicação de MVA sobre o preço da nota fiscal de compra da mercadoria.

Propala que a pauta fiscal não encontra respaldo constitucional ou legal, em que pese o Estado da Bahia possuir lei que promova a pauta fiscal com definidora de base de cálculo de ICMS.

Cita e transcreve o art. 146, III da CF para dizer que só Lei Complementar poderá acerca de base de cálculo, sustentando assim, que o “regime de pautas fiscais para a definição de base de cálculo do ICMS jamais poderia ter sido estabelecido por ato normativo infracional”.

Neste ponto, traz à baila a Súmula 431 do STJ que diz :*“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”*

Novamente alega que, além do vício de inconstitucionalidade na definição da base de cálculo, ainda há a cobrança através da uma pauta fiscal *“absurdamente incoerente com a realidade, uma vez que foi arbitrado pelo Fisco o valor de R\$2,00 por litro de álcool, quando é sabido que o recorrente adquire tal mercadoria no valor de R\$ 0,91”*.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte do recorrente, pois, para o preenchimento dos dados da nota fiscal eletrônica, é utilizado software do próprio Estado da Bahia que gera o cálculo, que não permite a inclusão de desconto incondicional.

Adiante, fala da exigência de credenciamento junto à COPEC para que se recolha o ICMS no prazo legal, que seria no mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, o que impediria a aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade, pois se impede que o contribuinte proceda a compensação dentre créditos e débitos. Repete o art. 114 do RICMS/BA vigente à época dos fatos para demonstrar o seu ponto de vista, arrematando o seu raciocínio dizendo que se mantido o Auto de Infração, "*estar-se-á convindo que um ato administrativo possa violar a Constituição e a própria legislação específica nesse sentido*".

Ao final de sua petição, pede que conhecimento e provimento do presente Recurso e, subsidiariamente, requer a cobrança do tributo com a exclusão da multa e juros.

Após, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls 277, o i. procurador José Augusto Martins Junior, após síntese do presente PAF, alega que, na esteira dos fundamentos tracejados na Decisão de piso, conclui pelo improviso do apelo do autuado, por se tratar do presente lançamento de conduta infracional de não recolhimento do ICMS de operações escrituradas pelo próprio contribuinte nos livros fiscais específicos.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JJF que, por unanimidade, julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, que versa sobre a falta de recolhimento de imposto escriturado nos livros fiscais próprios (livro de Registro de Apuração do ICMS), pelo próprio contribuinte, mas que não fora recolhido, nos meses de julho, agosto e setembro de 2010.

Entendo que a infração esta devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual e o lançamento atende todos os requisitos do art. 39 e 18 do RPAF/BA, tendo o contribuinte exercido na plenitude o direito de defesa.

Conforme as provas acostadas ao presente PAF, tais quais as DMA's de fls 8 a 13, as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, os livros de Registro de Entradas e o de Saídas, verifico que realmente o imposto foi regularmente apurado pelo contribuinte, sendo correta a indicação dos valores cobrados (R\$ 214.512,56, R\$ 31.450,03 e R\$ 85.817,82) nos meses das ocorrências (julho, agosto e setembro) lançados no presente Auto de Infração.

Como não foram trazidos os comprovantes de pagamento de imposto e nem há nos sistemas da Secretaria da Fazenda a indicação de que os mesmos foram pagos, o valor do ICMS não recolhido deve mesmo ser lançado na dívida ativa e ser regularmente cobrado.

Aliás, no seu Recurso Voluntário, o contribuinte não alega que recolheu o imposto, mas tão somente se insurge contra a formação da base de cálculo, supostamente realizada pela utilização de pauta fiscal. Entretanto, devo ressaltar que o cerne da questão ora em lide não é a constitucionalidade ou não da formação da base de cálculo, que pode ser objeto de questionamento em outra esfera estatal, mas sim a falta de recolhimento de ICMS normal, lançado pelo próprio sujeito passivo e não recolhido aos cofres públicos, como determina a lei.

Neste mesmo sentido, também não há que se falar em erro na determinação da base de cálculo ou de que a exigência de credenciamento junta a COPEC fere princípio constitucional, uma vez que, esses questionamentos também estão fora da órbita do presente lançamento de ofício, que versa, repito, unicamente sobre valores lançados pelo próprio contribuinte como ICMS devido, mas que nunca foram devidamente recolhidos.

Quanto ao pedido de exclusão da multa, como bem pontuou a JJF em seu voto, somente tem competência para decidir sobre tal pleito a Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA. No que tange aos juros, não existe previsão para a sua exclusão.

Pelo exposto, consoante o entendimento da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de Piso que julgou procedente a infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0082/10-3**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$358.810,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS