

PROCESSO - A. I. Nº 206985.0002/07-7
RECORRENTE - LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A. (AGIP)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0036-01/08
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 28/10/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0302-12/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. ERRO NA RETENÇÃO E NA INFORMAÇÃO DO IMPOSTO A SER RECOLHIDO. O contribuinte reteve e informou à refinaria de petróleo o ICMS em valores menores do que o efetivamente devido. Com base nestas informações a refinaria recolheu no Estado da Bahia o ICMS a menos do que deveria ter recolhido. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 1ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em litígio, que imputa ao recorrente a seguinte infração à legislação do ICMS: Procedeu à retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O Contribuinte informou o ICMS a menos à refinaria, através dos Anexos III para repasse ao Estado da Bahia, referente a vendas de GLP para comercialização e/ou consumo de contribuintes. Período de novembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004.

A 1ª JJF, ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, às fls. 424/450, afastou as preliminares suscitadas e decidiu pela Procedência do Auto de Infração sob os seguintes argumentos:

Quanto às preliminares de nulidades suscitadas pelo autuado a JJF a afastou aduzindo, em síntese, que o presente lançamento de ofício foi lavrado em observância à previsão legal, indicando, com clareza, a base de cálculo, a infração e o infrator, possibilitando, desta forma, o exercício da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer vício insanável que pudesse macular o Auto de Infração.

No mérito, asseverou que a autuação encontra-se em consonância com a legislação pertinente, ou seja, a MVA a ser aplicada nas operações interestaduais com GLP é de 138,97%, conforme dispõe o inciso II da Cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, e que os autuantes demonstraram, com precisão, que os valores informados à Refinaria foram aqueles constantes nos Anexos III (campo “IMPOSTO A SER REPASSADO À UNIDADE DE DESTINO”) apensados aos autos.

Aduziu, ainda, que o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos que elidissem os valores exigidos no presente lançamento de ofício, ou mesmo provasse incorreção da MVA aplicada pelos prepostos fiscais.

Em relação à alegação de inconstitucionalidade por ferir o princípio da isonomia, aduziu que a JJF não tinha competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, da qual faz parte o aludido Convênio 03/99 - firmado entre o Estado da Bahia e as demais unidades federativas nele constantes - assim como não cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, conforme dispõe o art. 167 do RPAF.

No que concerne à irresignação da multa aplicada, os Julgadores de primeira instância asseveraram que o inciso V do art. 97 do CTN determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações

nela definidas, estando, portanto, a mesma devidamente aplicada. No tocante à arguição de a mesma ser confiscatória, alega que a 1ªJF não possui competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual.

O julgador de Primeira Instância administrativa, ao final do seu *decisum*, votou pela procedência do Auto de Infração, o qual foi acompanhado pelos demais julgadores.

Irresignado com a Decisão proferida em primeira instância o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário, arguindo, em sede de preliminar, a nulidade da Decisão proferida pela 1ª JF. Segundo o recorrente o Acórdão combatido não enfrentou as questões expostas na impugnação administrativa, motivo pelo qual reitera todos os termos explanados anteriormente.

Alega que há discrepância entre os fatos narrados e os valores lançados no demonstrativo de débito juntado pelo fiscal autuante. Diz que a autoridade fiscal não demonstrou o raciocínio utilizado para a captação dos valores consignados nos demonstrativos que embasaram a ação fiscal, ou seja, não ficou claro os motivos que consideraram o montante das operações realizadas com o produto GLP e/ou GLP/GN. Por conta disso, entende o sujeito passivo, que o Auto de Infração é nulo, pois a abrangência dos valores exigidos no lançamento de ofício é maior do que está contemplado na descrição dos fatos. Assevera que por conta destes vícios na autuação o seu direito de ampla defesa restou cerceado e que, além da violação da ampla defesa, houve afronta a diversos princípios constitucionais, dentre eles o da legalidade, contraditório, ampla defesa, motivação e isonomia.

Em relação ao mérito do Auto de Infração assevera que o Anexo II do Convênio 03/99 estabelece para a MVA interna o percentual de 98,32% e de 138,97% a título de MVA interestadual para as operações que destinem combustível líquido derivados de petróleo para o Estado da Bahia. Alega que nas demais unidades Federativas a carga tributária advinda da aplicação da MVA interna e interestadual é equivalente, respeitando o princípio da isonomia.

Aduz que a Autoridade Administrativa, quando se deparar com uma lei inconstitucional, deverá analisar a questão a fim de preservar o estrito cumprimento da Constituição Federal, afastando a incidência de norma inconstitucional.

Alega, ainda, que mesmo que fosse aplicada a MVA no percentual de 138,97% sobre as operações realizadas pelo recorrente, tal valor não corresponderia a quantia exigida de R\$419.504,36 no presente Auto de Infração, mas sim R\$67.580,01, conforme demonstrado no quadro comparativo de fls. 550.

No que concerne à multa aplicada assevera que, além da mesma ser abusiva e desproporcional, não é devida, tendo em vista a inexistência de infração apontada, pois o Estado da Bahia recebeu todos os valores que lhe eram devidos, uma vez que a carga tributária suportada pelo recorrente foi idêntica àquela repassada aos demais entes federativos.

No seu opinativo a PGE/PROFIS, após relatar os fatos ocorridos na ação fiscal, assevera que o presente Recurso Voluntário não possui argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do Acórdão. Inicialmente, destaca que as arguições de inconstitucionalidades constantes na súplica recursal não devem ser apreciadas pela CJF, posto que falece competência a esse órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, conforme previsão legal do art. 167, I, do RPAF e que o presente PAF atende a todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99, não existindo qualquer vício insanável, bem como violação aos princípios constitucionais alegados pelo recorrente.

Quanto ao mérito da autuação alega que a mesma encontra-se em harmonia com o Convênio ICMS 03/99, que disciplina as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, que determina que o valor da MVA a ser aplicado nas operações interestaduais com GLP é de 138,97%.

Em relação à multa de 60%, aplicada no presente lançamento tributário está em plena harmonia com os termos preconizados no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014, e que o pedido de desconstituição da multa aplicada, em decorrência do seu suposto efeito confiscatório, haverá de ser afastado, em estrita obediência aos termos do art. 167, I, RPAF/99.

Ao final do seu Parecer, opinou pelo improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, antes de adentrar ao mérito da autuação, é necessário se analisar as questões de nulidade da autuação argüidas pelo sujeito passivo.

O lançamento de ofício é um ato administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, aplicar a penalidade cabível. No sistema tributário da Bahia, os requisitos do lançamento de ofício estão dispostos no art. 39 do RPAF, ou seja, para que o lançamento seja considerado válido é necessário preencher todos os seus requisitos sob pena ser declarado nulo.

O Auto de Infração, além de preencher os requisitos do artigo supracitado, deverá estar em sintonia com o art. 18 do mesmo diploma legislativo, ou seja, deverá ser praticado por autoridade competente, não poderá ser praticado qualquer ato com preterição de defesa, as decisões devem ser fundamentadas e deverá indicar, com segurança, a infração e o infrator.

A análise dos autos, observo que o presente lançamento fiscal foi lavrado com plena observância a todos os requisitos exigidos em lei. Determinou com bastante clareza, a matéria tributável, calculou o montante do débito, conforme planilhas de fls. 42/225, identificou o sujeito passivo, aplicou a penalidade cabível, juntou aos autos todas as intimações e documentos que embasaram a ação fiscal, bem como não praticou qualquer ato que viesse preterir o direito de defesa do contribuinte, ou que lhe causasse qualquer tipo de prejuízo, requisitos estes indispensáveis para o lançamento ser considerado nulo.

Observo, também, que a Junta de Julgamento Fiscal enfrentou todos os argumentos suscitados pelo recorrente em sua defesa, inexistindo razão para acolher o pedido de nulidade da Decisão recorrida.

Assim, por entender que o presente lançamento de ofício não possui qualquer vício que possa ocasionar prejuízo irreparável ao sujeito passivo, afasto as preliminares suscitadas, uma vez que o Auto de Infração encontra-se em plena harmonia com os princípios Constitucionais.

Quanto ao mérito do Recurso Voluntário, observo que a Decisão hostilizada não merece sofrer qualquer reparo.

A presente ação fiscal foi lavrada tomando por base o quanto dispõe no inciso segundo da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, que disciplina as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, vejamos:

Clausula terceira - A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

(...)

II - na hipótese que o sujeito passivo por substituição seja produtos nacional de combustíveis, em relação aos produtos indicados no Anexo II, os percentuais nele constantes;

O Anexo II do citado convênio, que trata sobre as operações realizadas por produtor nacional de combustíveis, é claro ao estabelecer que a MVA a ser aplicada nas operações internas no Estado da Bahia, em relação ao produto Gás GNV, é no percentual de 98,32% e nas operações interestaduais deve ser aplicada a MVA no percentual de 138,97%.

Como se observa no presente *in fólío*, em que pese o Anexo II ser categórico ao afirmar que a MVA a ser aplicada, para operações interestaduais com o gás GLP, é no percentual de 138,97%, o sujeito passivo calculou, por conta própria, o imposto devido utilizando uma base de cálculo diferente da que é disposta no Convênio ICMS 03/99.

Como se vê no corpo dos autos, tais como nas notas fiscais e intimações acostadas aos autos, o

presente Auto de Infração foi lavrado para se exigir o imposto, apenas, destaque-se, que apenas, em relação à mercadoria GLP, não sendo exigido imposto sobre o produto GLP/GN, conforme busca confundir o sujeito passivo.

No que concerne à alegação de que o fiscal autuante cometeu diversos equívocos ao calcular o montante do débito, esta não resiste a uma análise pormenorizada, isso porque, pode-se observar nas planilhas constantes nos autos, o auditor ao calcular o montante do débito tributário, discriminou todas as notas fiscais, indicando o seu destinatário, com o respectivo CNPJ, cada item, valor dos produtos, a base de cálculo da substituição tributária utilizada, a base de cálculo da substituição e MVA correta, resultando no ICMS devido, agrupando-se por mês. Assim, não pode se afirmar que ocorreu qualquer equívoco, na determinação do montante do débito que pudesse macular a ação fiscal.

Destaque-se, ainda, que o fiscal autuante, ao se manifestar na impugnação oferecida pelo sujeito passivo, contestou os cálculos apresentados pelo recorrente, ratificou os seus cálculos, demonstrando, com bastante clareza, como se apurou o imposto devido. Apenas para ratificar o nosso entendimento, colacionamos trecho da Decisão guerreada que afirma não existirem equívocos na planilha de débito:

“...Quanto às afirmações do autuado de existirem erros nas transcrições para as planilhas do autuantes dos valores informados à Refinaria para recolhimento do imposto, ficou constatado que os autuantes demonstraram a precisão de todos os valores por eles apurados no presente Auto de Infração. Essa demonstração é vista, inclusive, nos demonstrativos apresentados na informação fiscal às fls. 511 e 512 dos autos, onde indicam o ICMS devido à unidade de destino informado pelo autuado à Refinaria e os valores lançados pelos autuantes, relativos ao ICMS devido com aplicação da MVA correta, lançados nos demonstrativos analíticos, por ele elaborados, indicando as páginas dos autos onde se encontram cada Anexo III, fornecido pelo autuado, de onde foram extraídos os valores transcritos para o demonstrativo analítico...”

Acertada, ainda, foi a Decisão da JJF ao afirmar de que este órgão colegiado não possui competência para decretar a inconstitucionalidade do Convênio ICMS 03/99, bem como seus dispositivos, conforme dispõe o art. 167, I do RPAF.

Quanto à multa, observo que a mesma encontra-se devidamente aplicada, conforme a previsão legal do art. 42, II, “e” da Lei 7.014, não possuindo esta CJF para se manifestar acerca de violação de princípios constitucionais, tais como da proporcionalidade e do não confisco, bem como reduzir ou cancelar a multa aplicada, uma vez que restou devidamente comprovado que o sujeito passivo praticou a infração que lhe está sendo imputada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **206985.0002/07-7**, lavrado contra **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S.A. (AGIP)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$419.504,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS