

A. I. Nº - 206914.0003/07-8
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
AUTUANTE - RENATO DOS SANTOS DE ALMEIDA, WALTER CAIRO DE OLIVEIRA FILHO e
COSME ALVES DOS SANTOS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 22/07/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-03/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Indicação errônea do sujeito passivo da obrigação tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 06/12/2007 e exige ICMS no valor total de R\$40.825,34, acrescido da multa de 60%, em razão de três infrações imputadas ao autuado, sob inscrição estadual nº 44.395.816, e CNPJ/MF nº 33.069.766/0140-50:

Infração 01. Retenção a menos de 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. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao informar o valor do ICMS correspondente à substituição tributária a ser repassado ao Estado da Bahia através dos Anexos III e V, aprovados pelos Convênios ICMS nºs 138/2001 e 54/2002, referente a venda de óleo diesel para contribuintes localizados neste Estado, para consumo, deixou de inserir o valor do ICMS próprio na base de cálculo em virtude de sua operação interestadual gozar de imunidade tributária, e, para comercialização, utilizou uma base de cálculo menor do que a estabelecida no Convênio ICMS nº 03/99 para tais operações. Ação fiscal conforme Demonstrativos às fls. 07 a 29, e demais documentos de fls. 30 a 243 dos autos. Exercício de 2002 - meses de abril a dezembro. Alíquota de 17%. ICMS no valor de R\$17.300,31.

Infração 02. Retenção a menos de 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. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao informar o valor do ICMS correspondente à substituição tributária a ser repassado ao Estado da Bahia através dos Anexos III e V, aprovados pelos Convênios ICMS nºs 138/2001 e 54/2002, referente a venda de óleo diesel para contribuintes localizados neste Estado, para consumo, deixou de inserir o valor do ICMS próprio na base de cálculo em virtude de sua operação interestadual gozar de imunidade tributária, e, para comercialização, utilizou uma base de cálculo menor do que a estabelecida no Convênio ICMS nº 03/99 para tais operações. Ação fiscal conforme Demonstrativos às fls. 07 a 29, e demais documentos de fls. 30 a 243 dos autos. Exercício de 2003 – meses de janeiro, maio a outubro, e dezembro. Alíquota de 25%. ICMS no valor de R\$16.865,14.

Infração 03. Retenção a menos de 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. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte, ao informar o valor do ICMS correspondente à substituição tributária a ser repassado ao Estado da Bahia através dos Anexos III e V, aprovados pelos Convênios ICMS nºs 138/2001 e 54/2002, referente a venda de álcool hidratado e/ou gasolina automotiva para comercialização, utilizou uma base de cálculo menor do que a estabelecida no Convênio ICMS nº 03/99 para tais operações. Ação fiscal conforme Demonstrativos às fls. 07 a 29, e demais documentos de fls. 30 a 243 dos autos. Exercício de 2002 - meses de julho, agosto, e outubro a dezembro; Exercício de 2003 – meses de janeiro, outubro, e dezembro. Alíquota de 27%. ICMS no valor de R\$6.659,89.

Às fls. 07 a 250 dos autos constam documentos – inclusive notas fiscais - emitidos para a empresa Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, sob inscrição estadual nº 36.081.372, e CNPJ/MF nº 33.069.766/0042-50, além de cópias de seus relatórios de operações interestaduais, Ordem de Serviço, Termo de Início de Fiscalização, Termos de Intimação, Termos de Prorrogação de Prazo de Ordem de Serviço, todos expedidos para o estabelecimento detentor dos ora mencionados dados cadastrais.

O autuado, por intermédio de advogado com substabelecimento de Procuração à fl. 265, impugna o lançamento de ofício alegando a tempestividade da manifestação, descrevendo os termos das imputações e, em seguida, aduzindo que parte do lançamento sofrera a incidência de decadência mas que todo o Auto de infração não pode subsistir porque todos os seus anexos referem-se a contribuinte diverso dele, autuado, inscrito no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA sob outro número de identificação. Expõe que ele, autuado, tem a inscrição estadual nº 44.395.816, e que o demonstrativo do débito que embasa a autuação é do estabelecimento com a inscrição estadual nº 36.081.372. Que o Fisco lhe imputou descumprimento de obrigação originária de operações documentadas por notas fiscais de vendas discriminadas em planilhas que identificam contribuinte diverso dele, impugnante, o que torna impossível a sua defesa, uma vez que não realizou qualquer das operações constantes da mencionada planilha de débito. Cita o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, e diz que cada estabelecimento comercial possui individualidade para que seja possível o exercício de suas atividades, e identificação para fins de fiscalização e de controle dos contribuintes situados no âmbito da competência dos entes públicos. Que, para fins de incidência de ICMS, a saída do estabelecimento é marco e aspecto relevante da correta caracterização da regra matriz de incidência tributária para recolhimento do ICMS. Cópia ensinamentos dos juristas Pinto Ferreira e Bulgarelli, trecho da Instrução Normativa RFB nº 748/2007, e artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96.

O contribuinte repete que o erro dos autuantes é facilmente observado em análise perfunctória do Anexo do Auto de Infração, no qual os dados de CNPJ e de inscrição estadual no cadastro de contribuintes SEFAZ/BA são, respectivamente, 33.069.766/0042-50, e 36.081.372, dados diversos dos dele, impugnante. Que se os documentos emitidos pelo Fisco não forem suficientes para demonstrar o erro na autuação, a análise do livro Registro de Saídas e de notas fiscais dele, estabelecimento impugnante, afasta qualquer dúvida. Que anexa tais documentos ao processo, por amostragem (fls. 279 a 306).

O contribuinte assevera ser impossível, nas circunstâncias relatadas, o exercício de seu direito de defesa, que se constitui em princípio constitucional basilar. Transcreve os artigos 123 e 129 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, artigo 4º, inciso I, da Constituição do Estado da Bahia, e Acórdão nº 103.11387/91 de “1º Conselho de Contribuintes” quanto ao direito ao exercício de ampla defesa. Aduz que nem todas as omissões e incorreções constantes do Auto de Infração são sanáveis, mormente quando o erro incide justamente na base de toda a imputação fiscal. Transcreve decisões de tribunais administrativos de outras unidades da Federação; fala da necessidade de observância do princípio da verdade material pela administração pública. Cópia texto de Aurélio Pitanga Seixas Filho. Requer a realização de diligência a fim de comprovar que nenhuma das notas fiscais arroladas foi emitida pelo estabelecimento autuado e que, por conseguinte, não realizou as operações acobertadas pelas notas fiscais objeto da autuação. Conclui pedindo o acolhimento da impugnação e o cancelamento integral da autuação.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 309 a 311 aduzindo que o autuado não questiona o cometimento das infrações apuradas, nem os seus valores, baseando sua manifestação no ponto central de que os anexos que instruem e fundamentam a apuração dos créditos impugnados referem-se a estabelecimento diverso do indicado no Auto de Infração, com redução do seu direito de ampla defesa, e quanto a que parte do período auditado sofrera incidência peremptória de decadência. Arguem que a logística operacional do autuado consiste em adquirir, de refinaria, produtos derivados de petróleo, armazená-los e, depois, distribuí-los aos seus clientes revendedores varejistas utilizando carros tanques em diversas cidades deste Estado. Que, para

concretizar suas operações, adquire álcool anidro de outros estabelecimentos e o coloca à disposição da PETROBRÁS Distribuidora para completar a mistura de sua gasolina.

Os autuantes aduzem que, quanto à decadência, o Auto de Infração foi lavrado em 06/12/2007, referente ao período de apuração de 01/01/2002 a 31/12/2003 e que, considerando que a Fazenda Pública tem o direito de constituir crédito tributário no prazo de cinco anos contados a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o lançamento for efetuado, segundo o artigo 965, inciso I, do RICMS/BA, o prazo decadencial para o exercício de 2002 foi respeitado, não cabendo esta alegação do autuado.

Quanto à divergência entre os dados cadastrais do impugnante e os dos Anexos que instruem o processo, acatam a alegação defensiva aduzindo que foram indicados incorretamente no Auto de Infração os dados de CNPJ e de inscrição estadual do autuado, quando o correto seria a seleção dos dados do contribuinte com inscrição estadual nº 36.081.372, e CNPJ/MF nº 33.069.766/0042-50, tendo sido este equívoco ocasionado por problema do sistema informatizado de emissão eletrônica de Auto de Infração, consoante documento de fl. 253. Expõem que, apesar da incorreção cadastral, o contribuinte efetivamente objeto da presente ação fiscal, Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, sob inscrição estadual nº 36.081.372, e CNPJ/MF nº 33.069.766/0042-50, tomou ciência de todas as etapas do procedimento fiscal, tendo sido intimado para a apresentação de livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos, consoante documentos de fls. 239 a 243 dos autos. Dizem que os procedimentos de auditoria realizados, e infrações apuradas, estão devidamente comprovados por meio dos demonstrativos anexados às fls. 08 a 29, e documentos de fls. 45 a 238, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, tendo sido tais documentos e demonstrativos citados no presente Auto de Infração.

Os autuantes asseveram que a ação fiscal está prejudicada pela nulidade prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, e propõem que seja declarada a nulidade do lançamento de ofício, e que seja autorizado o refazimento do procedimento fiscal na íntegra, a salvo das falhas existentes.

VOTO

Preliminarmente, analisarei a alegação de decadência suscitada pelo autuado, relativa ao exercício de 2002. Verifico que o lançamento fiscal foi realizado em 06/12/2007, com ciência do Auto de Infração feita ao autuado em 20/12/2007 (fls. 01 a 03).

O artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN, determina que:

CTN:

art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A Lei nº 3.956/81 institui o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB que, em seu artigo 28, §1º, fixa prazo à homologação, a contar da ocorrência do fato gerador:

art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º. Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Assim, tendo a legislação tributária do Estado da Bahia fixado prazo à homologação do lançamento, na data da lavratura do Auto de Infração, 06/12/2007, não havia ocorrido a decadência em relação aos fatos geradores do exercício de 2002.

Entretanto, conforme exposto no Relatório que antecede este voto, e consoante os documentos anexados ao processo, está comprovado que assiste razão ao contribuinte e aos prepostos do Fisco, quanto à ilegitimidade passiva do autuado. Foi realizada auditoria sobre as atividades do estabelecimento com a inscrição estadual nº 36.081.372, e o autuado tem a inscrição estadual nº 44.395.816. Todos os demonstrativos de auditoria fiscal anexados a este processo trazem a identificação de estabelecimento diverso do autuado.

Por tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, por vício formal de procedimento, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99, recomendando à autoridade administrativa competente a realização de nova ação fiscal sobre os fatos apurados no curso do procedimento objeto da presente autuação, a salvo de incorreções.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206914.0003/07-8**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA**. Recomenda-se à autoridade administrativa competente a realização de novo procedimento fiscal sobre os fatos apurados no curso do procedimento fiscal objeto da presente autuação, a salvo de incorreções.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 14 de julho de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR