

PROCESSO - A. I. Nº 279471.0204/09-8
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0268-03/09
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 18/11/2011

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO. ESTADO DESTINATÁRIO NÃO SIGNATÁRIO DO PROTOCOLO ICMS 17/2004 À ÉPOCA DA OPERAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NO ESTADO DA BAHIA. Infração caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidades suscitadas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/02/2009 para exigir ICMS no valor de R\$4.596,00, acrescido da multa 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhada de DAE, ou de Certificado de Crédito. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de falta de pagamento do imposto relativo à venda de Álcool Etílico Hidratado Combustível – AEHC para o Estado do Espírito Santo. Nota Fiscal nº 6558. Consta também que o contribuinte destacou o imposto na nota fiscal de saída interestadual, sem ter realizado seu recolhimento, conforme Protocolo ICMS 17/2004.

A 3ª JF exarou a seguinte Decisão:

“Preliminarmente, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, o montante e o fato gerador do débito tributário reclamado não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte descreveu e entendeu a imputação, tendo exercido tempestivamente seu direito de defesa neste processo.

No mérito, o Auto de Infração trata de falta de pagamento do imposto relativo à venda de Álcool Etílico Hidratado Combustível – AEHC para o Estado do Espírito Santo, operação acobertada pela Nota Fiscal nº 6558, na qual foi destacado o imposto devido na operação de saída interestadual, sem ter realizado seu recolhimento.

Compulsando os autos, verifico que, na data da ação fiscal, 06/02/2009, o Estado do Espírito Santo, no qual se localiza o destinatário, não era signatário do Protocolo ICMS nº 17/2004, ao qual aderiu por meio do Protocolo ICMS nº 15, de 03/04/2009, com produção de efeitos a partir de 01/06/2009. Assim, à época aplicavam-se à operação em lide apenas as disposições do artigo 515-B do RICMS/BA, em redação vigente à época dos fatos, quanto às saídas interestaduais de AEHC:

RICMS/BA:

art. 515-B. O imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias, observando-se o seguinte:

I - o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior;

II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na

respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação deverá ser indicado no campo “Dados Adicionais” da Nota Fiscal de saída e o número desta no campo “Informações Complementares” do respectivo documento de arrecadação;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

§ 2º Não se aplica o disposto no caput deste artigo às distribuidoras de combustíveis, como tais definidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

Assim, uma vez que o contribuinte, conforme consulta realizada ao sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, está inscrito na condição de comércio atacadista, e não de estabelecimento industrial, deveria ter recolhido o imposto no momento da saída do AECH, não sendo aplicável a regra do recolhimento no dia 09 do mês subsequente, ao contrário do que alega.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em sede recursal, o sujeito passivo alegou inicialmente que se deve observar que, atuando como substituta tributária, recolheu o ICMS-ST devido ao Espírito Santo no momento da saída da mercadoria, como pode ser verificado pela NF 6558 e pelo comprovante de recolhimento juntados à impugnação apresentada, de forma que este recolhimento é fato incontroverso nos autos do presente processo.

Salientou que não deve prosperar o posicionamento defendido pela 3ª JF, de que o recolhimento do ICMS-próprio deveria se realizar pela sistemática prevista no artigo 515-B do RICMS/BA. Isto porque o dispositivo legal mencionado elenca exceções, nas quais os tributos serão devidos no momento da saída da mercadoria, não se enquadrando no caso ora discutido.

Observou que se a mercadoria aludida é AEHC e o recorrente é uma distribuidora de combustível, como tal definida pela ANP e com a devida autorização da COPEC, deve-se inferir, portanto, que não devem ser aplicadas às disposições do art. 515-B à operação em questão e, conseqüentemente, o ICMS próprio deveria ser recolhido dentro do prazo padrão (art. 124, I, RICMS/BA), até o dia 9 do mês subsequente através da conta corrente de créditos e débitos do referido imposto, exatamente como defendido na impugnação.

Diante de tudo o quanto exposto, requer que o Auto de Infração em tela seja julgado improcedente.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu o seu Parecer opinativo, no qual alega que a condição do contribuinte autuado junto a SEFAZ é de fato comerciante atacadista de combustível, não estando indicada a sua atividade de distribuidor. Sendo assim, em não estando comprovada a condição de distribuidor de combustível do contribuinte autuado, está correta a autuação.

Diante disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Encaminhados os autos para a 2ª CJF, entendeu este colegiado, na busca de dirimir qualquer dúvida que pudesse prejudicar a verdade material e a justiça fiscal, resolveu converter o PAF em diligência à COPEC, de modo que esclarecesse se o recorrente enquadrava-se ou não na condição legal de distribuidora de combustível à época do fato gerador da autuação.

De acordo com a resposta enviada pela COPEC (fl. 68), o recorrente tinha, à época da autuação, como atividade econômica o comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo e que depende da autorização da ANP para o exercício dessa atividade de distribuidora de combustível. Informou ainda que, de fato, o recorrente encontrava-se registrada na ANP sob o número 3191, na condição de “Distribuidora de Combustíveis (documento de fls. 66). Ressalte-se ainda que o autuado exerce tal atividade, na Bahia, a partir de 30/01/2008, exceto para os períodos de inaptidão conforme constam do documento de fls. 67.”

De volta a PGE/PROFIS para seu Parecer conclusivo, esse órgão se manifesta acerca do resultado da diligência realizada pela COPEC, concordando que, de fato, o recorrente estava registrado na ANP como “Distribuidor de Combustível”. Porém, no seu entendimento o contribuinte estava com a sua inscrição estadual inapta, conforme extrato acostado à fl. 67 dos autos. Por tal razão, concluiu opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o cerne da discussão, que inclusive gerou o deferimento da diligência à COPEC, é saber se à época do fato gerador do ICMS, o recorrente estava apta para exercer legalmente a atividade de distribuidora de combustível com registro na ANP. Pois, neste caso o próprio art. 515-B - que trata do ICMS relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo transportado a granel e que o imposto deve sempre ser recolhido quando da saída das mercadorias – estabelece no seu § 2º que não é aplicável à disposição prevista no seu caput para os casos de distribuidoras de combustíveis nos termos definidos pela ANP, desde que autorizadas pelo COPEC.

Analisando o Parecer da COPEC, fica claro que, de fato, à época do fato gerador da autuação, ou seja, fevereiro de 2009, o recorrente encontrava-se na condição legal de distribuidora de combustíveis e com base nos documentos acostados às fls. 66/67, pelo próprio Auditor Diligente, a referida empresa estava apta a exercer tal atividade nos termos registrados na ANP sob o nº 3191 (fl. 68). Sua inaptidão só ocorreu a partir de 15/07/2009, ou seja, entre 11/12/2008 e 15/07/2009 o recorrente constava no registro da DARC-GEIEF como “ATIVO”.

Portanto, isto faculta ao contribuinte o direito de recolher o ICMS apenas no 9º dia do mês subsequente ao da saída da mercadoria, conforme preceitua o art. 124, inciso I do RICMS/BA, combinado com a exceção prevista no parágrafo 2º do art. 515-B.

Ora, pelo acima exposto, com meridiana clareza, discordando da Doute PGE/PROFIS, não vejo assistir razão a Decisão da 1ª Instância na infração imputada ao recorrente. Por conseguinte, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

Apesar de concordar com o ilustre relator quanto à conclusão do seu voto pela Improcedência do presente Auto de Infração, o faço com outra fundamentação, razão pela qual peço vênias para discorrer a respeito da mesma.

Inicialmente entendo ser necessário uma análise do Auto de Infração a partir da sua fase inicial. Vejo que na “Descrição dos fatos” o autuante consignou o seguinte: *“Falta de pagamento do imposto relativo à venda de AEHC para o Estado do ES. Nota Fiscal 6558. O contribuinte destacou o imposto na nota fiscal de saída interestadual, todavia sem ter realizado seu recolhimento cf Protocolo 17/04”* (sic). A primeira parte desta descrição coincide com o que está expresso no Termo de Apreensão e Ocorrências – fl. 04.

Por outro lado, a infração está descrita nos seguintes termos: *“Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito”*. O enquadramento da infração está consubstanciado nos artigos 343, 347, II, c/c o art. 348 § 1º, inc. I do RICMS/BA, todos relacionados a operações com diferimento do imposto.

Observo, ainda, que na determinação do valor da base de cálculo, o autuante adicionou “Despesa com Frete” no valor de R\$2.300,00 sem qualquer indicação da origem ou da base legal para agregação desse valor à base de cálculo da operação indicada no DANFe de fl. 6.

À luz dos fatos acima narrados, verifica-se a existência de flagrante contradição entre a descrição dos fatos no corpo do Auto de Infração com a infração descrita no campo próprio do referido lançamento de ofício, o que corrobora a evidente insegurança que permeia esta autuação, agravada pela indicação de dispositivos regulamentares que não guardam relação com a real infração objetivada pelo autuante, isto é, a falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria do contribuinte. Aliado a isto se tem à questão da fixação do valor da base de cálculo que não demonstra a necessária segurança na apuração desse valor.

Em vista disto, sem qualquer dúvida, nos deparamos com vícios insanáveis, capazes de fulminar o Auto de Infração em comento, qual sejam, a falta de identidade entre o fato infracional descrito no lançamento e aquele ensejador da imputação, além da insegurança na determinação do valor da base de cálculo, o que, por si só, gerariam a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório.

Entretanto, considerando que o recorrente conseguiu se defender quanto à matéria de fundo da autuação, e arrimado com a norma constante no Parágrafo único do Art. 155 do RPAF/BA, ultrapasso as nulidades acima verificadas de ofício, e adentro à análise das razões de mérito.

Vejo que no presente lançamento o fato que motivou a autuação, falta de recolhimento do imposto relativo à saída interestadual de AEHC se verificou em **06/02/2009**, estando ausente o documento de arrecadação, devidamente quitado, conforme prevê a legislação.

O ora recorrente argüiu que o imposto não era devido no momento da autuação e, sim, no 9º dia do mês subsequente da operação, enquanto que a 3ª Junta de Julgamento manteve a autuação ao entendimento que à luz do Art. 515-B §§ 1º e 2º do RICMS/BA o imposto deveria ter sido recolhimento no momento da saída da mercadoria, pelo fato de que o contribuinte se encontrava inscrito na condição de atacadista.

Esta questão voltou a ser discutida em sede de Recurso Voluntário, tendo esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal encaminhado o PAF à Coordenação de Petróleo e Combustível – COPEC, no sentido de que se averiguasse e informasse, com precisão, se o recorrente à época da ocorrência dos fatos estaria enquadrado pela Agência Nacional de Petróleo como distribuidor de combustível. A resposta da COPEC, conforme documentos juntados às fls. 66 a 68, atestam à condição do recorrente, àquela época como distribuidor de combustível.

Isto posto, verifico que a regra prevista pelo § 2º do Art. 515-B do RICMS/BA, **vigente em 06/02/09, data da autuação**, era clara ao disciplinar que “*Não se aplica o disposto no caput deste artigo às distribuidoras de combustíveis, como tais definidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP*”, ou seja, o imposto, nesta situação, seria recolhido até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

Considero importante e oportuno esta citação na medida em que, atualmente esta regra já se encontra modificada, a partir da Alteração nº 119 do RICMS/BA, através do Decreto nº 11.523 de 06/05/09, efeitos a partir de 07/05/09, que acrescentou ao dispositivo regulamentar acima transcrito, a expressão, “**desde que autorizadas pela COPEC**”, isto é, para as operações ocorridas a partir de 07/05/09 o imposto só poderá ser recolhido até o dia 9º do mês subsequente ao da saída, pelas distribuidoras de combustíveis, se houver autorização expressa da COPEC neste sentido.

Em conclusão, e considerando que no período envolvido pela autuação o recorrente atendia o previsto pelo § 2º do Art. 515-B do RICMS/BA, bem como, o seu histórico da situação cadastral, fl. 67, à época da ocorrência do fato que resultou na autuação, não indica situação de inaptidão do contribuinte, acompanho o nobre relator e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279471.0204/09-8**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS