

PROCESSO - A. I. Nº 269277.0040/08-0
RECORRENTE - SHELL BRASIL LTDA. (RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0396-05/09
ORIGEM - SAT/COPEC

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0329-11/13

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O resultado da diligência concluiu que não havia saldo remanescente registrados nos livros fiscais e guias de recolhimento do imposto (DAES), por derradeiro, ausência de saldo devedor. Portanto, não há dúvidas que o lançamento de ofício comprova que o cálculo bem como o recolhimento do ICMS decorrentes das operações com Álcool Etílico Hidratado Carburante - “AEHC” realizadas no período autuado foi realizado, nada mais sendo devido, sendo que o sujeito passivo procedeu o ajuste entre o valor da operação e o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), lançando às diferenças encontradas no seu livro de saídas, tudo estando já liquidados através dos DAES presentes neste PAF. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constam nos autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão epigrafado que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado em 03/12/2008 para exigir ICMS no valor de R\$ 25.563,99, acrescido da multa de 60%, por imputar o recolhimento a menos do imposto, devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Consta da descrição fática que o autuado efetuou venda de álcool hidratado, calculando o ICMS com base no valor da operação, quando o correto seria utilizar o PMPF, tendo infringido o art. 515-B do RICMS/BA.

A 5ª JJF dirimiu a lide proferindo julgado assim fundamentado:

“Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputados.

No que se refere à suposta agressão ao princípio da proibição do confisco na aplicação da multa, verifico que a mesma está devidamente prevista no dispositivo legal mencionado no relatório (art. 42, II “a” da Lei 7.014/96). Portanto, a exigência é legítima e não há motivos para sua redução. Eventual inconstitucionalidade de norma legal não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de perícia, diligência e / ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS, acrescido de multa, em função de recolhimento a menor do imposto devido a erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Assim dispõe o art. 515-B do RICMS/BA (acrescentado pela Alteração número 57 (Decreto número 9.152, de 28/07/2004, DOE de 29/07/2004)), cujo parágrafo 2º foi inserido pela Alteração número 110, através do Decreto Estadual número 11.336, de 25/11/08, com eficácia a partir 26/11/08:

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.

Já o art. 126, I do mesmo Regulamento, no que diz respeito às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação – a exemplo do AEHC -, dispõe que:

Art. 126 - O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:

I - relativamente às operações com mercadorias, até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, quando a substituição tributária decorrer de saídas de mercadorias do estabelecimento (...)

Da leitura do dispositivo supra, concluo que – no tocante às datas de vencimento do imposto devido -, houve erro no ato preparatório do lançamento tributário, devendo as mesmas ser em modificadas para os dias 15 dos meses posteriores aos das ocorrências dos fatos geradores.

Constato que não há dissenso entre autuante e autuado sobre o fato de que o imposto deveria ter sido recolhido com base no PMPF. Todavia, a acusação é de que assim não foi feito, que é refutada pelo sujeito passivo, uma vez que afirma ter recolhido corretamente o tributo no período objeto da autuação.

Da análise dos elementos constantes dos autos, percebo que o contribuinte não fez prova, conforme suas alegações, de que recolheu corretamente o ICMS. À fl. 100, juntou cópia de apenas uma nota fiscal, de 24/02/2005, com valor unitário de 1,6861, enquanto o PMPF nesta data era de 1,7000 (em reais). Consta do corpo do mencionado documento fiscal que este foi “anulado”, tendo sido emitida a nota fiscal de entrada número 453, com valor unitário do AEHC também de 1,6861 para o AEHC (fl. 274). Como dito, entendo que não se faz necessária a perícia. Para o autuado fundamentar as suas razões e comprová-las, bastaria trazer ao processo cópias das notas fiscais de saída do produto sob comento, demonstrando que, de fato, utilizou a base de cálculo determinada na legislação. Afirmações genéricas e destituídas de documentos não são capazes de elidir a presunção relativa de veracidade da acusação fiscal, em obediência ao quanto disposto no art. 142 do RPAF/99:

Art. 142 - A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Por outro lado, o autuante colacionou cópia do Livro Registro de Saídas de Mercadorias do sujeito passivo, onde restam consignados os números e valores das notas fiscais objeto da autuação, bem como demonstrativos do débito apurado, com os números das notas fiscais, as bases de cálculo utilizadas, as bases de cálculo corretas, o imposto devido e demais informações (fls. 06 a 172). Os valores de PMPF registrados em tais demonstrativos, ao contrário do que afirma o contribuinte, estão corretos e correspondem àqueles estabelecidos nos respectivos Atos COTEPE.

Quanto ao mês de fevereiro de 2005, alega o contribuinte equívoco na auditoria, por lançamento de débito de ICMS no valor de R\$ 405,23 (quatrocentos e cinco reais e vinte e três centavos), quando, na realidade, o valor correto supostamente devido nessa competência seria de R\$ 386,47 (trezentos e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos), em virtude da devolução das mercadorias consignadas na nota fiscal nº 453 (doc. nº 06), em 26/02/05, no valor de R\$ 26.013,76 (vinte e seis mil, e treze reais e vinte e seis centavos), como entende comprovar a nota fiscal nº 36.639 (doc. nº 07).

Assiste razão ao sujeito passivo. Com efeito, a nota fiscal de número 36.639 (doc. nº 07) foi cancelada e substituída pela de número 453 (NF de entrada, fl. 274), cujos valores devem ser expurgados do demonstrativo de fl. 06 do PAF, concernente ao mês de fevereiro de 2005. Assim, o ICMS exigido referente a fevereiro de 2005, no valor de R\$ 405,23 (quatrocentos e cinco reais e vinte e três centavos), deve ser diminuído para R\$ 386,47 (trezentos e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 25.545,23, sendo que as datas de vencimento das quantias devidas, que estão registradas às fls. 01 e 02 como sendo nos dias 09, devem ser alteradas para os dias 15 dos mesmos meses."

Resistindo ao teor do julgado, o contribuinte apela ao CONSEF. Menciona a sua atividade precípua que afirma ser a distribuição, venda e revenda, atacadista e varejista, de biodiesel, derivados de petróleo e combustíveis em geral, como álcool carburante, gasolina, óleo diesel, lubrificantes e gás natural, para empresas de transporte (terrestre, aéreo e marítimo) e indústrias em geral.

Destaca que realizada a distribuição e venda de combustível na Região Nordeste e que para tanto tem um estabelecimento localizado em Jequié - BA (doc. nº 02), comercializando o álcool etílico hidratado combustível – AEHC.

Alude aos artigos 56, 124 e 515-B do RICMS/BA pontuando que parágrafo 2º deste último artigo foi inserido pela Alteração 110, Decreto Estadual nº 11.336 de 25/11/08, com eficácia a partir 26/11/08.

Entende que a autuação decorreu de um erro, isto porque o termo final para pagamento foi tomado como o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, muito embora o correto seja o dia 15 (Convênio ICMS nº 03/99, posteriormente revogado pelo Convênio ICMS 110/2007, e art. 512-A do RICMS/BA) .

Diz que utilizou como base para o cálculo do imposto em questão o preço médio ponderado a consumidor final – PMPF -, divulgado pela Comissão Técnica Permanente de ICMS - COTEPE, através dos Atos COTEPE números 03/05, 01/06, 03/06, 04/06, 28/06, 29/06, 30/06, 32/06 e 33/06, e não o valor da operação, como se depreende das cópias de guias de recolhimento.

Cita o mês de fevereiro de 2005 em que afirma ter equivocado-se o autuante ao efetuar o lançamento de alegado débito de ICMS no valor de R\$ 405,23 (quatrocentos e cinco reais e vinte e três centavos), quando, na realidade, o suposto seria de R\$ 386,47 (trezentos e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos), face à devolução das mercadorias consignadas na Nota Fiscal nº 453 (doc. nº 06), em 26/02/05, no valor de R\$ 26.013,76 (vinte e seis mil, treze reais e vinte e seis centavos), conforme comprova a Nota Fiscal nº 36639 (doc. nº 07).

Defende que a multa contra si imposta tem caráter confiscatório.

Argumenta, centralmente, que a indicação de critérios equivocados de apuração do débito lançado impede o pleno exercício do direito à ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV da CF/88 e que a redação do art. 512-B do RICMS/BA em vigor à época dos acontecimentos que desaguarão na autuação, determinava que a base de cálculo do ICMS incidente nas operações com combustíveis, derivados ou não de petróleo, deveria corresponder ao PMPF, a ser divulgado quinzenalmente através de Atos COTEPE.

Adiante, assevera que, ao reverso do que afirmou o preposto fiscal, que tomou o PMPF como base para o cálculo do ICMS devido nas operações com AEHC, o que entende estar em consonância com os Atos COTEPE.

Entende que o autuante utilizou como base de cálculo valores diversos dos PMPF indicados pelos Atos COTEPE (de 1º de janeiro a 15 de julho/06: R\$ 1,7000; de 16 de julho a 15 de novembro/06: R\$1,4900 e de 16 de novembro a dezembro/06: R\$ 1,5900).

Requer a realização de perícia contábil para comprovar que a base de cálculo utilizada para recolhimento do ICMS incidente nas operações com AEHC realizadas no período objeto da autuação estão de acordo com os Atos COTEPE.

Em busca da verdade material, esta Relatora sugeriu a conversão do feito em diligência à ASTEC,

o que foi anuído por este Colegiado, tendo sido apresentado o seguinte questionamento:

- a) Apuração da efetiva base de cálculo utilizada pelo contribuinte no período autuado – 2005 a 2006 – para comprovação do PMPF nas operações com AEHC, em conformidade com os Atos da COTEP publicados para tal período, observando-se inclusive os questionamentos feitos pelo recorrente à fl. 199.
- b) Verificação subsequente a essa análise cotejando o PMPF divulgado pela COTEPE para cada período e a base de cálculo utilizada pelo recorrente e se há saldo devedor do ICMS, atentando-se para as guias coligidas ao PAF que espelhem as operações com AEHC.

Para uma melhor inferência da conclusão técnica exposta no Parecer Nº 0165/2011, de fls. 346/348, que passo a reproduzir, a saber:

“Da análise dos Atos COTEP/ICMS que divulgam o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) referente combustível, constato que os preços para o AEHC no período fiscalizado foram:

<i>ATO COTEP/ICMS</i>	<i>Período</i>	<i>Preço AEHC R\$/litro</i>
<i>Nº 45/04</i>	<i>1º/01/2005 a 15/07/2005</i>	<i>1,7000</i>
<i>Nº 34/05</i>	<i>16/07/2005 a 15/11/2005</i>	<i>1,4900</i>
<i>Nº 58/05</i>	<i>16/11/2005 a 15/01/2006</i>	<i>1,5910</i>
<i>Nº 01/06</i>	<i>16/01/2006 a 15/02/2006</i>	<i>1,6650</i>
<i>Nº 04/06</i>	<i>16/02/06 a 31/03/2006</i>	<i>1,7340</i>
<i>Nº 28/06</i>	<i>01/04/06 a 15/04/2006</i>	<i>1,8650</i>
<i>Nº 29/06</i>	<i>16/04/06 a 30/04/2006</i>	<i>1,8970</i>
<i>Nº 30/06</i>	<i>01/05/06 a 31/05/2006</i>	<i>1,9520</i>
<i>Nº 32/06</i>	<i>01/06/06 a 15/06/2006</i>	<i>1,9320</i>
<i>Nº 33/06</i>	<i>16/06/06 a 01/01/2007</i>	<i>1,9040</i>

OBS: Só relacionamos o número de Ato de COTEP que alterou o PMPF do AEHC para o estado da Bahia no período fiscalizado. (Anexas folhas 385/410).

(...) 4- Do cotejo entre PMPF divulgado pela COTEP para cada período e as bases de cálculo utilizadas pela Impugnante verifica-se saldo remanescente de ICMS não recolhido, considerando-se as anexas guias e notas fiscais que retratam as operações em questão ?

Resposta : Não. Com base nos livros fiscais e guias de recolhimento do imposto apresentadas (DAES) não existe saldo devedor referente a este auto de infração. “

Ciente do teor desse Parecer, o recorrente se manifestou, identificando a sua nova razão social RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A., situada na Av. das Américas, nº 4.200 – Blocos 5 e 6, Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ, inscrita no CNP sob o nº 33.453.598/0001-23, que diz ser sucessora, em parte, de SHELL BRASIL LTDA, conforme documentos societários anexos. Manifestou-se aquiescendo com o teor do Parecer exarado pela ASTEC.

Instada a PGE/PROFIS proferiu Parecer conclusivo, asseverando que dúvidas não remanescem conforme as conclusões técnicas da ASTEC, e concluiu que merece acolhida a tese recursal no sentido de que inexistia imposto a recolher, pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Por força do apelo do contribuinte a esta CJF a garantia da ampla defesa foi rigorosamente assegurada tendo com a diligência vindo a lume a verdade material e, assim, subsídios para um julgamento seguro e justo.

A tese defensiva, como supra relatado, merece guarida. Foi imputado ao contribuinte na infração 1, que recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, e que havia efetuado venda de álcool hidratado desconsiderando os Atos do COTEP relativo à publicação do PMPF para o período fiscalizado.

No Parecer exarado pela ASTEC foi esclarecida a apuração da efetiva base de cálculo utilizada pelo contribuinte no período autuado – 2005 a 2006, o que teve o condão de comprovar o PMPF nas operações com AEHC, e que estas guardaram consonância com os Atos da COTEP publicados para

tal período. Foi também confrontado o PMPF divulgado pela COTEPE para cada período e a base de cálculo utilizada à vista das guias residentes relativas às operações com AEHC, tendo, como observo, o recorrente no curso da diligência apresentado novos documentos - livros, documentos fiscais e demonstrativos que constam às fls. 353/378.

Como ali aclarado pela diligente, com o exame das planilhas e demais documentos fez-se possível concluir o procedimento adotado pelo sujeito passivo considerando, inclusive, a manifestação do autuado constante às fls. 411/413.

Ademais disto, vale destacar que o procedimento do preposto fiscal foi de que apesar de ter utilizado corretamente o PMPF definido pelo COTEP para o exercício de 2005, contudo, no período de julho a dezembro de 2006 utilizou PMPF a menos, o que não causou repercussão no ICMS recolhido pela empresa visto que esta utilizou neste período o valor correto.

E por fim, como asseverado pela diligente, a conclusão foi de que o PMPF divulgado pela COTEP para cada período e as bases de cálculo utilizadas, logo, não há saldo remanescente, como examinado minuciosamente os livros fiscais e guias de recolhimento do imposto (DAES). Por conseguinte, a conclusão é de ausência de saldo devedor.

Nesse contexto, dúvidas não remanescem de que o Recurso Voluntário deve ser provido integralmente, sendo improcedente o lançamento de ofício, posto que restou comprovado que o cálculo bem como o recolhimento do ICMS decorrentes das operações com Alcool Etílico Hidratado Carburante - "AEHC" realizadas no período autuado foi realizado, nada mais sendo devido, a este título, ao erário baiano, tendo a verdade material vindo às claras, de que o contribuinte cuidou de proceder ao ajuste entre o valor da operação e o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), e lançado a débito às diferenças encontradas no seu livro de saídas, o que está quitado através dos DAES presentes neste PAF.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário declarando a Insubstituição do Auto de Infração alterando assim a Decisão de base.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269277.0040/08-0**, lavrado contra **SHELL BRASIL LTDA. (RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S.A.)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS