

A. I. Nº - 298623.0021/19-6
AUTUADO - SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA.
AUTUANTE - DANTE GRISI
ORIGEM - SAC/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/03/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0002-04/21-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, REGULARMENTE ESCRITURADAS. VENDAS DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Restou comprovado, nos autos, que as vendas, objeto da autuação, referem-se a bens do ativo com mais de um ano de uso, portanto, amparado pela não incidência do imposto conforme expressamente preconizado pelo inciso VIII, art. 3º da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório, foi lavrado em 22/09/2019, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$571.711,91, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da Infração 01 - 02.01.03 - Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Demonstrativos às fls. 10 a 20 e CD à fl. 21.

Consta na “Descrição dos Fatos” que “... 1- *Realizamos integralmente os roteiros de auditoria fiscal, com foco no cumprimento da obrigação tributária principal, dentre outros, que revelaram alguns pontos de inconsistências, as quais, objetivamente importam em crédito do ICMS, conforme a seguir explicitado: - Deixou de recolher ICMS sobre venda de mercadoria – Durante exercícios de fiscalização, 2016 a 2018, deixou de recolher ICMS sobre vendas de mercadorias tributáveis como não tributáveis, classificadas com CFOP de ativo imobilizado, sem o devido destaque e lançamento do débito na escrita fiscal, com indicação de dispositivo legal de não incidência. Entretanto, não há qualquer elemento probatório que revele se tratar de venda de bem do ativo imobilizado, quer seja relacionado à nota fiscal eletrônica de compra e registro de tempo de uso, sem os quais não há como configurar operação de desincorporação do ativo imobilizado, conforme Planilha Cálculo ICMS sobre venda de mercadoria com CFOP Ativo Imobilizado. 2 - Auditoria Fiscal - Situação Cadastral/Informações Econômicas Fiscais – Relativamente a esses roteiros de fiscalização sem destaque, observou-se regularidade nas informações. Conclusão - No contexto da presente auditoria ficou comprovado que o contribuinte deixou de recolher ICMS sobre vendas de mercadorias tributadas como não tributadas, sem destaque do imposto e com CFOP de ativo imobilizado, contudo, sem qualquer indicativo de registro, informação tempo de uso ou documento fiscal de aquisição correspondente que o comprovasse”.*

Tempestivamente o Autuado apresenta Impugnação ao lançamento, fls. 28 a 38, enunciando suas razões de defesa consoante resumo relatado a seguir.

De início, diz ser empresa do grupo SHV, líder mundial em distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, que tem como atividade principal o tratamento, armazenamento, transporte, distribuição e comércio de gás (inclusive, em pequena escala, o Propano e o Butano); a indústria e o comércio de aparelhos ou equipamentos, relacionados com as atividades por ela exercidas.

Frisa que, não obstante seu constante cuidado de permanecer regular em termos fiscais, o Auto de Infração impugnado foi lavrado, como dito, por suposta infração ao inciso I, do art. 2º, e ao art. 32, da Lei nº 7.014/96, e ao inciso I, do art. 332, do RICMS-BA/12.

Assinala que pela leitura das informações complementares que aparelham a autuação, concluiu a

Fiscalização, em síntese, que teria deixado de recolher ICMS incidente sobre a venda de mercadorias tributáveis, tendo às classificado como não tributáveis, sendo declarado CFOP de ativo imobilizado, com indicação de dispositivo legal de não incidência, no período de março de 2016 a dezembro de 2018.

Assevera não ter incorrido em qualquer das infrações alegadas, tendo em vista que as saídas de mercadorias glosadas pela Fiscalização se referem a operações de venda de bens do ativo imobilizado sem incidência do ICMS, de modo que o lançamento ora impugnado não merece prosperar.

Observa que os requisitos indispensáveis à lavratura do auto de infração são, em síntese: *i*) - qualificação do autuado; *ii*) - local, data e hora da lavratura; *iii*) - descrição dos fatos; *iv*) - disposição legal infringida e a penalidade aplicável; (*v*) determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo legal; e (*vi*) a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Registra que, tanto o CTN quanto a própria legislação estadual foram claras ao exigir que a infração apurada seja expressamente indicada de forma precisa, bem como a respectiva fundamentação legal.

Reproduz ensinamento do doutrinador pátrio Hely Lopes Meirelles para ressaltar que as normas visam garantir que o contribuinte possa identificar a irregularidade apontada e a norma legal que porventura tenha infringido, viabilizando, assim, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Prossegue mencionando ser relevante tal ponderação e necessária com o fito de dar segurança jurídica, não só ao autuado, mas inclusive à Autoridade Fiscalizadora, que mantém o dever legal de atuar dentro dos limites da lei, tal como preleciona o art. 37, da CF/88.

Assinala que o Fisco lavrou autuação com mera referência ao inciso I, do art. 2º, e art. 32, da Lei nº 7.014/96, e ao inciso I, do art. 332, do RICMS-BA/12, indicação de dispositivos que não delimita com clareza qual seria a matéria tributável, se tratando de alegação genérica de falta de recolhimento de ICMS, além de inexistir relato das circunstâncias fáticas que levaram à autuação.

Nesse sentido, diz ser certo que o Auto de Infração não descreve com clareza quais operações teriam sido classificadas de forma incorreta, com ausência de recolhimento do tributo supostamente devido, sendo a indicação dos dispositivos legais supostamente infringidos absolutamente insuficiente para que possa exercer o contraditório e seu direito de defesa.

Declara restar clara a ausência de elementos, no Auto de Infração, que indiquem com clareza as situações fáticas que levaram à constituição de ofício dos débitos, e, conseqüentemente, clara a supressão da segurança jurídica e do seu direito de defesa, uma vez que esta não é, nem poderia ser, a responsável por indicar o enquadramento legal e fundamentar sua própria autuação.

Registra que o Auto de Infração padece de vício material insanável, em razão de não ser possível, observando os elementos nele contidos, presumir a fundamentação fática do Auto de Infração.

Arremata destacando que, diante da impossibilidade de identificar com clareza contra qual imputação deve se defender, revela-se flagrante o cerceamento de defesa, o que viola de uma só vez os mandamentos do § 1º, do art. 129, do Código Tributário Estadual, e do art. 142, do CTN, bem como diversos princípios constitucionais, dentre eles os consagrados no inciso LV, do art. 5º, e no art. 37, da CF/88, o que macula o Auto de Infração de nulidade insanável.

Afirma também que a autuação fiscal também não merece prosperar em seu mérito, ao menos ao que se presume estar sendo exigido pela autuação.

Ao cuidar do mérito da autuação, destaca que a alegada ausência de recolhimento do tributo não ocorreu, tendo em vista que as operações glosadas se referem a vendas de bens do ativo imobilizado da Impugnante, que haviam sido integrados mais de 12 meses antes do ato de venda.

Continua explicando que, por isso, as mercadorias foram classificadas sob CFOP de ativo

imobilizado, bem como indicados os dispositivos legais para a não incidência do ICMS, considerando que tais operações não são tributáveis, como determina o inciso VIII, do art. 3º, da Lei nº 7.014/96.

Arremata asseverando se verificar a improcedência da autuação ora combatida, já que os débitos cobrados se referem a operações de venda em que não há incidência de ICMS, conforme consta expressamente na legislação estadual de regência do tributo.

Relata que, quando das vendas de bens integrantes do ativo imobilizado, são baixados os bens integrados há mais tempo e de menor valor residual, na mesma quantidade dos que estão sendo vendidos.

Assevera ser impossível a identificação de cada um dos bens que é integrado ao ativo imobilizado e posteriormente vendido, visto que se trata de vasilhames de GLP, cuja individualização é dispensada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis, agência reguladora de sua atividade comercial, consoante teor da Resolução ANP nº 40/2016 - Doc. 03, CD à fl. 82.

Sendo assim, destaca que se verifica plenamente possível a forma de contabilização utilizada pela Impugnante quanto à integração dos bens e posterior venda, sendo baixados os lotes mais antigos dos bens à medida que vão sendo realizadas as operações de venda, sendo baixadas a exata quantidade dos vasilhames que dão saída do estabelecimento.

Informa que, para fins de comprovação de tal operacionalização da integração x venda, bem como que as vendas se deram após mais de 12 meses de utilização dos bens, apresenta planilhas que indicam as notas fiscais de saída, com a devida correspondência à data de incorporação dos bens, conforme consta no Doc. 04, no CD à fl. 82.

Por todo o exposto, sustenta não ter efetuado recolhimento de ICMS nas operações glosadas por se tratar de venda de bens do ativo imobilizado que estavam em uso há mais de 12 meses, não havendo incidência do imposto, de modo que a autuação se revela improcedente, o que deve ser reconhecido em sede de julgamento de 1ª instância.

Menciona que, além de lançar o suposto crédito de ICMS, foi, como já mencionado, aplicada penalidade prevista na alínea "a", do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Esclarece que neste tópico, somente pretende demonstrar que a imposição da multa de 60% sobre o montante total do débito exigido R\$571.711,91 fere frontalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Lembra que o princípio da razoabilidade, embora seja um princípio implícito, é de tamanha importância, na medida em que proíbe o arbítrio e o excesso do legislador e dos aplicadores das normas, garantindo a observância das demais normas constitucionais, impondo, positivamente, uma justa medida na elaboração, interpretação e aplicação das leis.

Destaca em breve síntese os ensinamentos esposados pelo insigne professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para explicar a supremacia da finalidade da lei na aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Esclarece que a pena imposta deve ser adequada, de maneira que seja apta a produzir o resultado desejado, deve ser necessária, ou seja, deve ser insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e deve ser proporcional em sentido estrito, estabelecendo uma relação ponderada entre o grau de restrição da infração e o grau de realização do objetivo.

Em suma, diz verificar-se ausente qualquer parâmetro de proporcionalidade na aplicação da multa em exame. Quanto a esta questão, registra que outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF, citando como exemplo o julgado: STF, RE nº 523.471 AgR/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.04.2010.

Remata assinalando que a multa aplicada nos presentes autos excede ao legítimo exercício do poder conferido à Administração Pública, o que demonstra sua total afronta aos princípios da

razoabilidade e proporcionalidade.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive pela juntada posterior de documentos.

Conclui requerendo que seja julgada procedente sua Impugnação para:

- a) Preliminarmente, reconhecer a nulidade do lançamento, diante da impossibilidade de a Impugnante identificar com clareza contra qual imputação – quantitativa e qualitativamente – deve se defender, sendo flagrante o cerceamento de defesa;
- b) No mérito, caso não seja acatada a preliminar acima, cancelar o lançamento, em razão de não ter incorrido no cometimento de qualquer infração que tenha ocasionado falta de recolhimento de ICMS ao Estado da Bahia;
- c) Por fim, caso não se entenda pela extinção total da cobrança, reconhecer que a multa aplicada não observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser reduzida a um patamar coerente.

O Autuante presta informação fiscal à fl. 86, frisa, inicialmente, em face da autuação de venda de bem do ativo sem lançamento de ICMS, que o Impugnante em sua defesa argumentou que as vendas arroladas no levantamento fiscal são de ativos imobilizado usados e adquiridos há mais de um ano, explicando que isso decorre da renovação periódica de botijões de gás por determinação da ANP.

Observa que nesse contexto apresentou comprovações de baixa de ativo em valores compatíveis com os volumes de vendas.

Arremata assinalando que, de sua análise, restou comprovada a pertinência da impugnação do crédito fiscal lançado na exação fiscal, pelo que apresenta seu entendimento pela integral improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, sob o fundamento de que se afiguram ausentes nos presentes autos, elementos que indiquem com clareza as situações fáticas que conduziram a constituição de ofícios dos débitos apurados, resultando em supressão da segurança jurídica e de seu direito de defesa.

Ao compulsar as peças que constituem o presente Auto de Infração, ao contrário do aduzido pelo Defendente, constato que o presente processo administrativo fiscal, como se verifica na “Descrição dos Fatos”, no enquadramento legal e nos demonstrativos de apuração sintético e analíticos, além de atender aos requisitos preconizados pelo art. 142, do CTN e do art.129, do COTEB, está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF-BA/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos. Tanto é assim que permitiu ao sujeito passivo apresentar suas razões de defesa de forma eficaz e objetiva. Por isso, rejeito a preliminar de nulidade.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, consoante demonstrativos às fls. 10 a 20 e CD à fl. 21.

Em sede Defesa, o Impugnante sustentou que a alegada ausência de recolhimento do tributo não ocorreu, tendo em vista que as operações glosadas se referem a vendas de bens de seu ativo imobilizado, que haviam sido integrados mais de 12 meses antes do ato de venda, portanto, sem incidência de ICMS. Explicou que, por isso, as mercadorias objeto da autuação foram classificadas sob CFOP de ativo imobilizado.

Para comprovar a operacionalização da integração \times venda, bem como que as vendas se deram

após mais de 12 meses de utilização dos bens, apresentou planilhas que indicam as notas fiscais de saída, com a devida correspondência à data de incorporação dos bens, conforme consta no Doc. 04, no CD à fl. 82.

Ao prestar informação fiscal, o Autuante reconheceu a pertinência da impugnação e pugnou pela improcedência do Auto de Infração. Revelou que o Impugnante em sua defesa argumentou que as vendas arroladas no levantamento fiscal são de ativos imobilizado usados e adquiridos há mais de um ano, explicando que isso decorre da renovação periódica de botijões de gás por determinação da ANP e apresentando comprovações de baixa de ativo em valores compatíveis com os volumes de vendas.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que assiste razão Autuado, uma vez constatada que a venda dos bens do ativo imobilizado - vasilhames de GLP, cujas aquisições ocorreram há mais de doze meses, não ocorre incidência do imposto.

É o que se depreende expressamente do teor do inciso VIII, do art. 3º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Lei 7.014/96:

[...]

Art. 3º O imposto não incide sobre:

[...]

VIII - saídas de bens integrados no ativo permanente, desde que tenham sido objeto de uso, no próprio estabelecimento, por mais de um ano, antes da desincorporação;

Dessa forma, acato a conclusão do Autuante, considerando que a irregularidade apontada se revelou insubsistente.

Nos termos expendidos, resta descaracterizada a autuação e desnecessária o enfrentamento acerca do questionamento do Impugnante relativo à multa aplicada.

Concluo pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298623.0021/19-6**, lavrado contra **SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR