

PROCESSO - A. I. Nº 2764680028/04-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - J.R. TRANSPORTE LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 18/04/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0100-11/07

EMENTA: ICMS. CONTROLE DE LEGALIDADE. NULIDADE DO ITEM 4 DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º c/c art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração no que tange à glosa dos créditos fiscais referentes à aquisição e utilização de óleo diesel na prestação de serviços de transporte interestadual, tendo em vista que ação fiscal não encontra amparo legal para efetuar o arbitramento dos referidos créditos. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Declarada, de ofício, **NULA** a infração 4. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente representação lavrada pelas ilustres procuradoras dras. Cláudia Guerra e Paula Gonçalves Morris Matos, fazem referência ao Auto de Infração contendo acusação a Jair Ferreira de Souza, relativa à prática das seguintes infrações;

- (i) dar entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação, sem registro na escrita fiscal;
- (ii) não recolhimento do diferencial do ICMS, nas aquisições de mercadorias providas de outros Estados e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento;
- (iii) utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, por não ter dado entrada de mercadorias no estabelecimento.

Aduzem que na preliminar de defesa, o contribuinte pugna pela nulidade da autuação em razão de suposto cerceamento ao direito de defesa. No mérito, alegou ocorrência de irregularidades e incoerências no método de apuração do volume de combustível utilizado quando da prestação de serviços de transportes interestaduais, requerendo a improcedência da autuação.

Revelam as i. procuradoras que o preposto fiscal em suas informações ao CONSEF, sustenta não ter havido cerceamento de defesa, a apuração se deu dentro das prescrições legais, e o método aplicado foi o necessário frente à inércia do autuado em prestar as informações requeridas. Disse mais, não ter havido aquisição de gasolina, pois seus veículos tão somente utilizam o óleo diesel.

Informam que do julgamento em primeira instância, a i. JFJ considerou procedente em parte o Auto de Infração, em virtude do seguinte entendimento;

- (i) não houve cerceamento ao direito de defesa, pois indicados claramente dispositivos legais infringidos e o enquadramento que embasou a autuação;
- (ii) quanto às infrações 01, 02 e 03, não foi apresentada impugnação, tendo o autuado efetuado parcelamento;
- (iii) como as notas fiscais objeto da autuação referem-se a mercadorias não tributadas, a multa pela falta de escrituração é de 1%, e não 10%;

- (iv) na infração 04, restou indevido o crédito relativo ao consumo de óleo diesel (não utiliza gasolina em seus veículos), dado o demonstrativo elaborado pelo autuante detalhar satisfatoriamente o volume passível de consumo.

Irresignado o autuado apresentou Recurso Voluntário reprisando mesmos argumentos trazidos na inicial, quando ao suposto cerceamento ao direito de defesa em relação à infração 04, reiterando que o agente fiscal utilizou método indevido na apuração do volume de combustível gasto na prestação de serviços de transportes interestaduais.

Seguem em sua explanação as i. procuradoras, dizendo que no julgamento de Segunda Instância, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF indeferiu o pedido de controle da Legalidade, por não se encontrarem os requisitos previstos no art. 114 do RPAF/99, e julgado improcedente o recurso voluntário apresentado.

Sob a forma de Memorial o autuado apresenta novo pedido de reconsideração, quanto à infração 04, apontando as incoerências havidas no método de apuração do combustível adquirido e aplicado nos seus serviços de transportes prestados. De ordem prática, coteja os quantitativos resultantes dos cálculos das distâncias, com os levantados pelo método da autuação, para ao final aduzir que a sistemática apropriada pela fiscalização não possui base legal, por isso contém vício formal, em decorrência é nulo o Auto de Infração ensejado.

Com base no relatório assim apresentado, passam as i. procuradoras ao opinativo.

Entendem não merecer reparo a glosa de créditos vinculados ao consumo de gasolina, haja vista seus veículos não utilizarem essa espécie de combustível.

Frente à verificação da glosa dos créditos decorrentes da aquisição do óleo diesel, apontam o Auto de Infração conter vício formal insanável, que o fulmina de nulidade parcial, pois em que pese a sistemática lógica adotada pela fiscalização, inexistente previsão legal determinando uma espécie de arbitramento de créditos fiscais, como seria possível se fosse o caso de arbitramento da base de cálculo do imposto. E o que se extrai, continuam comentando, das disposições contidas no art. 937 do RICMS/BA, quanto à possibilidade da autoridade autuante proceder ao arbitramento em situações nas quais não sejam fornecidas informações suficientes para quantificar a base de cálculo do imposto.

Destacam que em nenhum momento a legislação autoriza proceder ao arbitramento de créditos fiscais, mesmo quando o contribuinte não oferecer informes necessários à sua quantificação. E, como na atividade administrativa não há autonomia de vontade, equivale dizer que todo ato do Poder Público manifestado por procedimentos administrativos, deve voltar-se à finalidade prevista em Lei, não havendo liberdade qualquer para o agente praticá-lo.

Aludem que foi exatamente nesse equívoco que a autoridade lançadora incorreu na situação em exame, inovando ilegítimamente no ordenamento jurídico, por conta do estabelecimento de novo método de constituição do crédito tributário.

Concluem as ilustre procuradoras que o Auto de Infração em comento padece de irremediáveis vícios, os quais ensejam a declaração de sua nulidade absoluta no que tange à utilização do óleo diesel.

Aventam aos termos do art. 31-A, inciso I da Lei nº 8.207/2002, com redação introduzida pela LC nº 19/2003, os quais dizem da competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado, através seu órgão próprio, para efetuar o controle da legalidade em momento precedente à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa.

Diante do exposto, representam a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º c/c art. 136 § 2º da Lei nº 3.956 de 11/12/1981 (COTEB), a fim de que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº 276468.0028/04-0, no que tange à glosa dos créditos referentes à aquisição e utilização de óleo diesel na prestação de serviços de transporte interestadual.

Submetem o parecer ao crivo do chefe da Procuradoria Fiscal da PGE/PROFIS, obtendo em Despacho exarado pelo Dr. Jamil Cabús Neto, Procurador Chefe da PGE/PROFIS, a ratificação dos

temas abordados no relatório das ilustres procuradoras, entendendo tratar-se de hipótese de nulidade do item 04 do Auto de Infração, por vício insanável e ilegalidade flagrante, sem prejuízo de recomendação para novo lançamento, inclusive com relação à utilização de créditos relativos a aquisição de gasolina.

Representa o ilustre Procurador Chefe da PGE/PROFIS a este CONSEF consoante termos acima indicados.

VOTO

A presente representação oriunda do controle da legalidade, em momento que antecede a inscrição do autuado em Dívida ativa, transcreve com propriedade a ilegalidade praticada pelo agente fiscal, elaborada em contrário ou em desatenção aos ditames do art. 937 do RICMS/BA.

Inovou ao arbitrar frente à insuficiência de informes do contribuinte, créditos tidos como indevidamente aproveitados. Da mesma sorte, e frente às mesmas dificuldades, desenvolveu sistemática de cálculos do virtual consumo de óleo diesel, combustível único utilizado pelos veículos do autuado na prestação de serviços de transportes interestaduais.

Em Memorial acostado aos autos, o recorrido contesta esses parâmetros, confronta dados quantitativos da autuação, dos quais depreende-se a incorreção do lançamento de ofício.

O ilustre agente fiscal apresenta laboriosa projeção, com vistas a detectar-se o efetivo consumo de combustíveis pelo recorrido, para em confronto com os créditos praticados levantar possíveis excessos nessas apropriações.

Em que pese a mais adequada lógica com que agiu o autuante, o aspecto conservador adotado na relação de consumo a qual favoreceria o autuado, o procedimento carece de legalidade, e em decorrência, de legitimidade, uma vez que os cálculos elaborados foram feitos a partir de uma premissa equivocada, as aquisições de combustíveis feitas pelo contribuinte – as quais foram excessivas segundo o próprio autuante, e, a partir daí, diversas projeções foram feitas, sem que se tivesse obtido um resultado realmente confiável.

Entretanto, apesar do que foi relatado, não houve o arbitramento da base de cálculo do ICMS, como indicado na presente Representação, mas apenas um levantamento fiscal perfeitamente possível de ser feito, de acordo com o artigo 936, do RICMS/97, embora com critérios equivocados.

Dessa forma, não há como ser acolhida a Representação nos moldes em que foi feita, mas, diante dos problemas apontados e em face do princípio da economia processual, entendo que deva ser declarada, de ofício, a nulidade do lançamento, recomendando-se à autoridade competente a renovação do procedimento, a salvo de falhas e em novo formato.

Voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação em tela, declarando, porém, de ofício, a Nulidade da infração 04, recomendando-se à autoridade competente a instauração de novo procedimento, a salvo de falhas, conforme o artigo 156, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOLHER a representação proposta e, de ofício, declarar NULA a infração 4.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARA LINA SILVA DO CARMO – REPR. PGE/PROFIS