

PROCESSO - A. I. Nº 269277.0001/07-7
RECORRENTE - LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S/A. (NOVOGÁS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0321-03/07
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 10/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0062-12/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE PRECISÃO E CLAREZA NA DESCRIÇÃO DA ACUSAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição dos fatos, os anexos ao Auto de Infração e o enquadramento legal não permitem que se determine, com segurança, a infração que foi imputada ao sujeito passivo. Afastada a hipótese de decadência. Indeferido o pedido de diligência. Declarado, de ofício, **NULO** o Auto de Infração. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$454.827,78, em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na condição de destinatário de mercadorias, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, uma vez que dentre as operações arroladas na autuação algumas foram realizadas a preço FOB. Também alegou que havia inadequação entre o fato que lhe foi imputado e a capitulação legal dos dispositivos tidos como infringidos. No mérito, sustentou que tem direito aos créditos fiscais em questão, conforme previsto nos artigos 94 e 95 do RICMS, os quais estavam em consonância com o princípio da não-cumulatividade. Solicitou a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, o autuante disse que não havia razão para a nulidade do lançamento. Explicou que as operações arroladas na autuação eram referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, no mérito, solicitou que a ação fiscal fosse mantida.

Na Decisão recorrida, a primeira instância afastou as preliminares de nulidade, argumentando que “o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa”. No mérito, o Auto de Infração foi julgado procedente, tendo o ilustre relator explicado que nas operações referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, uma vez efetuada a retenção do imposto devido por substituição, estava encerrada a fase de tributação das mercadorias, ficando vedada a apropriação de crédito fiscal relativo aos serviços de transportes.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, conforme relatado a seguir.

Inicialmente, o recorrente sustenta que já se encontra decaído o direito de a fazenda pública estadual constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2002, no valor de R\$91.408,25. Menciona que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação e, portanto, a contagem do prazo decadencial se dá de acordo como o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Para embasar sua argumentação, o recorrente cita doutrina e Decisão proferida pelo STJ.

O recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração, argumentando que houve cerceamento de defesa, uma vez que no demonstrativo elaborado pelo autuante foram incluídas operações realizadas a preço FOB, diferentemente da acusação que lhe foi feita. Alega que, nas operações listadas na autuação, o seu estabelecimento figurava como remetente das mercadorias. Sustenta que os fatos descritos pelo autuante não correspondem ao enquadramento legal utilizado. Solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo, nos termos do art. 18, inc. IV, “a”, do RPAF/99.

No mérito, o recorrente nega que tenha utilizado créditos fiscais de ICMS de forma indevida, pois assegura que agiu em conformidade com o disposto nos artigos 94 e 95, do RICMS-BA, e em consonância com o princípio da não-cumulatividade. Diz que uma análise dos CTCRs acostados ao processo comprova a regularidade na utilização dos créditos fiscais de ICMS.

Esclarece que as operações a preço CIF ocorrem quando remete mercadorias para seus postos revendedores de GLP, sendo de sua responsabilidade o custo do frete referente à entrega das mercadorias. Ressalta que nessa situação segue o disposto na alínea “c” do inciso I do artigo 95 do RICMS-BA, ou seja, o ICMS destacado no CTCRC constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor, neste caso o recorrente.

Explica que as operações FOB ocorrem nas transferências de mercadorias entre as filiais de São Francisco do Conde e de Simões Filho. Menciona que nessas operações não há vendas, mas apenas transferências de uma filial para outra. Aduz que, por utilizar serviços de transporte de terceiros para transferir as mercadorias, arca com o valor referente ao ICMS sobre o frete e, portanto, faz jus ao crédito fiscal por força do disposto no artigo 94 do RICMS-BA.

Após discorrer acerca do princípio da não-cumulatividade do ICMS e citar farta doutrina, o recorrente afirma que não há como prosperar a autuação e solicita a realização de diligência para que seja verificada a lisura dos procedimentos que adota.

Ao finalizar, o recorrente requer que seja reformada a Decisão recorrida, para que seja determinado o arquivamento do processo e a abstenção da cobrança do valor lançado. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Ao exarar o Parecer de fls. 800 a 804, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que não há razão para acolher a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois a inclusão das operações FOB na apuração do imposto não é razão para a nulidade do lançamento, uma vez que tal vício seria sanável mediante a exclusão desses valores do montante devido.

Apesar de não ter sido argüido pelo recorrente, à ilustre Parecerista diz que o lançamento é nulo, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que a infração imputada ao recorrente diverge da que foi descrita no Auto de Infração.

Explica a Parecerista que o recorrente foi acusado de ter utilizado *indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias, crédito fiscal de ICMS, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente*. Contudo, diz a procuradora, o cerne da questão era a existência de mercadorias sob o regime de substituição tributária, embora nenhuma menção tenha sido feita a esse respeito no Auto de Infração ou nos seus anexos. Afirma à ilustre parecerista que esse fato cerceou o direito de defesa do sujeito passivo, pois os elementos existentes nos autos induziram o recorrente a se defender de uma conduta diversa da que lhe foi efetivamente imputada.

Por entender que a autuação carece de uma descrição clara e precisa, a parecerista diz que não foi observado o previsto nos artigos 18, inc. IV, al. “a”, e 39, inc. III, do RPAF/99, o que acarreta a nulidade do Auto de Infração. Ressalta que, caso seja o Auto de Infração julgado nulo, deverá ser recomendado à INFAZ competente a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas.

Em despacho à fl. 806, o ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, doutor José Augusto Martins Junior, reitera os termos do Parecer de fls. 800 a 804, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário, opinando pela decretação de ofício da nulidade do lançamento em epígrafe, em razão da violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

VOTO

Inicialmente, afasto a hipótese de decadência do direito de a fazenda pública estadual constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2002, pois, ao contrário do afirmado pelo recorrente, é pacífico neste CONSEF o entendimento de que a contagem do prazo decadencial se faz conforme o art. 173, inc. IV, do CTN.

Também ultrapasso a preliminar de nulidade relativamente à inclusão de operações FOB no demonstrativo elaborado pelo autuante, uma vez que tal fato não é razão suficiente para a nulidade do lançamento, já que esse possível vício pode ser saneado mediante a exclusão dessas operações do cálculo do imposto.

Com fulcro no disposto no art. 147, inc. I, al. “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos já são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No que tange à preliminar de nulidade levantada pela ilustre representante da PGE/PROFIS, comungo com o seu entendimento, pois considero que efetivamente houve uma divergência entre a acusação que foi feita ao recorrente (utilização indevida de crédito fiscal referente à prestação de serviço de transporte atinente a mercadorias recebidas com frete CIF) e o real motivo para a autuação (utilização de crédito fiscal referente a prestação de serviço de transporte referente a mercadoria com saída subsequente não tributada). Dessa forma, verifica-se que a descrição da infração imputada ao autuado, ora recorrente, não era clara e nem precisa, conforme exigia o disposto nos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 39, inciso II, do RPAF/99.

O Auto de Infração, os seus anexos e o enquadramento legal utilizado pelo autuante não deixaram claro que o motivo para a glosa dos créditos fiscais era o fato de as mercadorias listadas na autuação estarem com a fase de tributação encerrada em razão do regime de substituição tributária. Essa falha procedimental viola os princípios da ampla defesa e do contraditório e enseja a nulidade do lançamento, uma vez que tal falha procedimental não é passível de saneamento mediante diligência.

Ressalto que, nos termos do art. 21 do RPAF/99, a repartição fazendária competente deverá providenciar o refazimento da ação fiscal, a saldo de falhas.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, e, de ofício, declarar NULO o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULO** o Processo Administrativo Fiscal referente ao Auto de Infração nº 269277.0001/07-7, lavrado contra **LIQUIGÁS DISTRIBUIDORA S/A. (NOVOGÁS)**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo de falha apurada.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. PGE/PROFIS