

A. I. Nº - 269278.0001/11-8
AUTUADO - CINCAL DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - SÍLVIO CHIAROT DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 16. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-01/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração reconhecida. **b)** MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não contestada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Infração reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração subsistente em parte. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FORNECIMENTO COM OMISSÕES DE OPERAÇÕES. MULTA. Infração não impugnada. Afastadas as arguições de nulidade e de ilegalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 15/03/11, para exigir ICMS, no valor de R\$51.623,83, e para impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$ 11.379,91, imputando ao autuado as seguintes infrações:

01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de agosto de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 997,56, mais multa de 60%. Consta que se trata do lançamento em duplicidade no livro Registro de Entradas da Nota Fiscal nº 2524, emitida em 29/08/07, pela KEPP Ind. e Com. de Plásticos Ltda., no valor de R\$ 5.868,00, resultando no crédito indevido no valor destacado no referido documento fiscal.

02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 4.723,12, mais multa de 60%. Consta que se trata do lançamento em triplicidade da Nota Fiscal Eletrônica nº 668, emitida em 13/12/08, pela Belgo Bekaert Nordeste S/A, no valor contábil de R\$ 21.647,09, sendo utilizado o crédito indevido relativo a duas vezes o imposto destacado no documento fiscal.

03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de março, maio, julho e outubro de 2007, março, julho e setembro de 2008. Lançado ICMS no valor de R\$ 587,32, mais multa de 60%.

04 – Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$4.122,00, mais multa de 60%.

05 – Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$3.791,29, mais multa de 60%. Consta que se refere a erro na aplicação da alíquota

cabível nas saídas promovidas por meio de ECF (equipamento emissor de cupom fiscal), conforme demonstrativo anexado às fls. 36 a 38 dos autos.

06 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA, nos meses de abril a dezembro de 2007, janeiro a agosto e dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$37.402,54, mais multa de 60%.

07 – Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, no exercício de 2007. Aplicada multa no valor de R\$ 11.379,91.

O autuado apresentou defesa (fls. 1.078 a 1084 – vol. IV) e, inicialmente, salienta que os débitos tributários referentes às infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 7 serão parcelados, conforme os documentos acostados às fls. 1088 a 1091.

Quanto à Infração 6, afirma que o autuante utilizou a tabela de pauta fiscal constante na Instrução Normativa nº 04/2009, com vigência a partir de 01 de fevereiro de 2009, para todo o período compreendido entre os meses de abril de 2007 até dezembro de 2009. Diz que, desse modo, o auditor fiscal efetuou o lançamento tributário em discordância aos preceitos constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade da lei tributária. Sustenta que, de acordo com os artigos 145, 146 e 149 do Código Tributário Nacional (CTN), não há como se alterar o lançamento tributário para suprir falha referente a erro de direito, conforme doutrina que reproduz. Conclui que, ante a impossibilidade de suprir a falha decorrente da aplicação retroativa da lei tributária, os fatos geradores anteriores a fevereiro de 2009 deverão ser julgados improcedentes.

Assevera que, de acordo com a Súmula 431 do STJ, *é ilegal a cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*. Menciona que as bases de cálculo do ICMS deverão estar previstas em Lei Complementar e, quando da instituição do tributo, nas respectivas leis ordinárias. Diz que, faltando à pauta fiscal a previsão legal exigida, não poderá ser utilizada para a cobrança tributária, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Transcreve farta jurisprudência acerca da vedação do emprego da pauta fiscal na fixação da base de cálculo do ICMS. Faz alusão à importância do funcionamento da Procuradoria Fiscal como *custus legis* no presente processo, cita o disposto no art. 116-A do RPAF/99 e, em seguida, destaca que não há razão para a Procuradoria Geral do Estado persistir na tentativa de recebimento do crédito tributário em comento.

Ao finalizar sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração em tela seja julgado parcialmente procedente, relativamente à infração 6, bem como requer que a Procuradoria Fiscal funcione no presente processo como *custus legis*.

Na informação fiscal, fls. 1094 e 1095, o autuante afirma que na infração 6 apenas a antecipação sobre o frete, de responsabilidade do adquirente das mercadorias, é impugnada quando exigida com base em pauta fiscal.

Diz que o frete deve ser incorporado à base de cálculo do imposto devido por antecipação, nos termos do art. 61 do RICMS-BA. Explica que, como não havia conhecimento de transporte ou documento de arrecadação que comprovasse a regularidade do recolhimento do frete em outro Estado, foi adotado o procedimento previsto no art. 73, III, “a”, combinado com o art. 938, ambos do RICMS-BA, o que implicou a utilização da pauta fiscal, conforme a Planilha I (fls. 1096 e 1097).

Afirma que a Planilha I foi alterada para a Planilha II, na qual o valor do frete foi retificado seguindo a instrução normativa vigente à época do fato gerador do imposto. Diz que, assim, o total

calculado pela pauta fiscal, que correspondia a R\$ 13.742,58, fica reduzido para R\$ 11.947,60. Sustenta que, dessa forma, está corrigida a base de cálculo como apontado na defesa em relação à pauta fiscal correspondente aos fatos geradores.

Frisa que não procede, no entanto, a tentativa de impedir a revisão do lançamento. Diz que não houve mudança de critério jurídico, mas simples erro na apuração de parte da pauta fiscal. Saliencia que o disposto no art. 18, §1º, do RPAF/99, admite correções quando for possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante devido. Aduz que não há necessidade de reabertura do prazo de defesa, bem como não há razão para a nulidade do lançamento. Quanto à inconstitucionalidade da aplicação da pauta fiscal, ressalta que tal matéria não é da competência do CONSEF, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Após apreciação em pauta suplementar, fl. 1107, o processo foi convertido em diligência à INFAZ Vitória da Conquista, para que o autuante elaborasse um demonstrativo de débito para a infração 6, indicando os débitos mensais e total remanescentes. Também foi solicitado que o autuado fosse notificado acerca do resultado da diligência e que lhe fosse concedido o prazo de dez dias para pronunciamento.

A diligência foi atendida, conforme fl. 1110, tendo o autuante transcrito trecho da informação fiscal e, às fls. 1111 e 1112, apresentado o demonstrativo de débito da infração 6, no montante de R\$ 35.607,56. Às fls. 1113 a 1118, foi anexado um demonstrativo das retificações efetuadas na apuração do imposto devido na infração em comento.

Notificado acerca do resultado da diligência, fl. 1121, o autuado volta a se pronunciar nos autos, fls. 1123 a 1125, afirmando que não há a possibilidade de alteração do lançamento para suprir falha referente a erro de direito, conforme os artigos 145, 146 e 149 do CTN. Diz que o erro de direito se qualifica pela aplicação errônea da tabela de pauta fiscal relativa a fatos geradores ocorridos antes da sua vigência. Sustenta que essa impossibilidade de suprir a citada falha acarreta a improcedência do lançamento quanto aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 01 de fevereiro de 2009. Frisa que não concorda com o resultado da diligência porque se trata de lançamento contrário à Súmula do Superior Tribunal de Justiça, passível de anulação pelo Poder Judiciário. Cita doutrina para embasar sua tese.

Aduz que, conforme Súmula 431 do STJ, “*é ilegal a cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.*” Destaca que, no entanto, no caso em tela, o valor da pauta fiscal serviu para a definição do valor do serviço de transporte que compõe a base de cálculo para efeito do cálculo da antecipação total do ICMS. Menciona que, de acordo com essa recente Súmula, a base de cálculo do ICMS deverá estar prevista em lei complementar e, quando da instituição do imposto, em lei ordinária. Diz que a pauta fiscal não poderá ser utilizada para a cobrança do referido tributo, sob pena de afrontar o princípio da legalidade. Realça que, nos termos do artigo 116-A do RPAF/99, o Estado não deverá prosseguir na cobrança contrária a Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuado reitera os pedidos da defesa inicial, especialmente para o funcionamento da Procuradoria como *custus legis*.

Constam às fls. 1.102 a 1.105, extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referente ao pagamento da parte do Auto de Infração reconhecida como procedente.

VOTO

O presente Auto de Infração é composto por sete diferentes infrações, no entanto, quanto às infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 7, o autuado expressamente reconhece a procedência da ação fiscal. Dessa forma, em relação a esses itens do lançamento não há lide e, portanto, essas infrações subsistem em sua totalidade.

A infração 6 trata de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 37.402,54, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e

relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA, no período de abril de 2007 a dezembro de 2009, conforme o demonstrativo de fls. 51 a 64.

Em sua defesa, referindo-se ao valor do frete incluído na base de cálculo do imposto exigido na infração 6, o autuado questiona a aplicação da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 04/2009 para todo o período abrangido por esse item do lançamento, uma vez que essa referida Instrução Normativa só passou a vigorar a partir de 01/02/2009.

Na informação fiscal, o autuante acata o argumento defensivo e refaz a apuração do imposto, retificando o valor da pauta fiscal relativamente ao período de abril de 2007 a janeiro de 2009, mantendo inalterados os demais valores exigidos nesse item do lançamento. Posteriormente, o processo foi convertido em diligência, para que o autuante elaborasse um demonstrativo de débito para a infração em tela. Dessa forma, após as devidas correções da pauta fiscal, o valor exigido passou para R\$ 35.607,56.

Efetivamente, a Instrução Normativa 04/2009, publicada no Diário Oficial do Estado de 28/01/09, só entrou em vigor a partir de 01/02/09 e, portanto, os valores de pauta fiscal previstos nessa referida Instrução Normativa para as prestações de serviços de transporte efetuadas por transportadores autônomos ou por veículos de empresas não inscritas neste Estado só poderiam ser empregados a partir daquela data.

Dessa forma, acolho as retificações efetuadas pelo autuante na informação fiscal, pois estão em conformidade com a legislação tributária aplicável ao caso. Tendo em vista que o autuado recebeu cópia dos novos demonstrativos e teve o prazo de lei para se pronunciar, conforme previsto no §1º do art. 18 do RPAF/99, considero saneada essa falha na apuração do valor do imposto devido na infração em comento.

O autuado sustenta a tese de que não há como se alterar o lançamento para suprir falha decorrente de erro de direito, conforme doutrina que cita.

Com o devido respeito, divirjo da tese defendida pelo autuado, pois a retificação efetuada pelo autuante não implicou mudança no critério jurídico de apuração da base de cálculo do imposto. A metodologia e o critério empregados no lançamento foram mantidos, tendo o autuante apenas efetuado a correção dos valores da pauta fiscal. Não se pode olvidar que a administração pública pode e deve rever seus atos, quando estiverem maculados por vícios saneáveis. Como foi bem salientado pelo autuante na informação fiscal, o disposto no §1º do artigo 18 do RPAF/99, expressamente, prevê que *as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente.*

O autuado também afirma que a infração em comento não procede, pois é ilegal a cobrança de ICMS com base em pauta fiscal. Cita jurisprudência para embasar seu argumento.

Apesar dos abalizados argumentos e jurisprudência trazidos na defesa, a utilização da pauta fiscal na apuração do valor devido na Infração 6 está respaldada na legislação tributária estadual, não se incluindo na competência dos prepostos fiscais e nem deste órgão julgador administrativo *a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior*, nos termos do artigo 167, inciso III, do RPAF/99.

Solicita o autuado que seja ouvido o pronunciamento da PGE/PROFIS sobre a matéria em análise, porém saliento que em primeira instância não há previsão de pronunciamento daquela especializada nos processos administrativos fiscais, exceto quando for a pedido do órgão julgador. No caso em análise, considero que a matéria que encontra em apreciação está claramente disposta na legislação, não sendo necessário o pronunciamento da PGE/PROFIS.

Em face ao acima exposto, a infração 6 é parcialmente procedente, no valor de R\$ 35.607,56, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado às fls. 1.111 e 1.112.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 61.208,76, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269278.0001/11-8**, lavrado contra **CINCAL DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.828,85**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, bem como da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$11.379,91**, prevista no inciso XIII-A, alínea “i”, do mesmo artigo e lei, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR