

A. I. Nº - 210603.1010/13-6
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - SIBENON MUNDURUCA DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 27.12.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0290-02/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA NO LANÇAMENTO. Existência de desencontros e equívocos nas informações prestadas nos autos pelo autuante, inexistindo elementos suficientes para caracterizar a autuação, acarretando incerteza na caracterização da infração imputada. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 10/01/2013, exige o ICMS no valor de R\$9.351,81, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo, referente ao DANFE nº 2.153 emitido em 09.01.2013, (fl. 07), correspondente a 34.445 litros de Etanol Hidratado, conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 210603.0006/13-5 (fls. 04/05).

Foram dadas como infringidas as alíneas “a”, “b”, “d” e “g” do inciso III do artigo 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, combinado com o inciso I, § 4º, do artigo 8º, artigo 12-A, § 6º do artigo 23, e artigo 32 da Lei nº 7.014/96. Multa: artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa tempestivamente, fls. 15 a 24, onde impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Itens: 01; 13 e 38 – que o Auto de Infração não merece subsistir porque não houve infração a legislação tributária.

Itens: 02, 10b e 11; ressalta que o ponto principal que envolveu o Auto de Infração em comento, é de que está sendo cobrado também o ICMS normal da operação própria.

Itens: 03, 05, 07, 08, 09, 10a - relata sobre o principio da não cumulatividade, do ICMS incidente nas operações anteriores, citando dispositivo da Constituição Federal; a Lei 7014/96 e do RICMS/BA.

Itens: 04, 05, 06 – relata para a possibilidade da utilização do ICMS a ser creditado da operação própria necessita do encontro de débitos e créditos.

Item: 12 – afirma que do contrário do que foi afirmado, não houve completa dedução dos valores do ICMS – Antecipação Parcial efetivamente recolhido pelo contribuinte.

Item: 14 - requer ao órgão julgador, que caso não seja esse o entendimento, que determine uma diligência fiscal, a fim de proceder o montante devido, conformando a autuação à realidade dos atos.

Item: 15 – salienta de que, não efetuou nenhum recolhimento a menor do ICMS Substituição, (qual), uma vez que foi devida e corretamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria.

Itens: 16, 17 e 18 – ressalta, ainda, que não houve qualquer erro na determinação da BC do ICMS Substituição. Não foi incluído na BC do Tributo o desconto incondicional, vez que, preencheu os campos das Notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gerou a cálculo.

Itens: 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 – relata nos itens supra, a determinação da BC por meio de Pauta Fiscal, como ilegal, imoral e não aplicável.

Item: 20 – transcreve a Alteração nº 140 do RICMS/BA, que trata do método aplicável na cobrança da Substituição Tributária, ora em comento.

Item: 34 – alega que a infração imputada não corresponde à realidade fática vivida pela empresa, em decorrência de contratempos de erros na escrituração da contabilidade, de forma que o débito da empresa não alcança, nem de perto, os valores encontrados na autuação.

Itens: 35 e 36 – descreve o Artigo 159, parágrafo 1º, inciso II e ou III do RPAF, e aduz que caso o órgão julgador entenda pela manutenção da infração, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Ao final, reafirma que não subsiste a autuação, e requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 36 a 41, rebateu as razões defensivas nos seguintes termos.

Preliminarmente, aduz que a defesa foi apresentada após o prazo de 30 (dias), da ciência conforme Termo de Liberação, objeto de Mandato nº 0303719-45.2013.8.05.0001, em 21/01/2013, anexo ao processo fl. 13. E a defesa foi assinada em 29/04/2013, com 68 dias após o prazo normal, e protocolada em 03/05/2013. Assim, diz que com 72 (setenta e dois) dias da ciência, fica confirmada a condição de revelia.

Itens: 01; 13 e 38 – para evidenciar as mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação, e que houve infração à legislação do ICMS, transcreveu os artigos 289, § 1º, I, II, III, “a”, IV, § 4º, I, II, e III, § 5º e § 6º; 332, III, “a”, “g”, I, “j”, do RICMS/2012.

Itens: 02, 10b e 11 – sobre a alegação de que o auto de infração sendo cobrado também o ICMS normal da operação própria, chama a atenção que basta verificar no Demonstrativo de Cálculo apenso ao AI, fls. 02 e 06/10, que demonstra que foi concedido o crédito no valor de R\$ 5.373,42, correspondente ao ICMS da operação própria.

Itens: 03, 05 07, 08, 09, 10a - sobre o princípio da não cumulatividade, do ICMS incidente nas operações anteriores, observa que na lavratura do Auto de Infração foi obedecido o princípio da não cumulatividade como demonstrado nas fls.02 e 06/10, com a concessão do crédito da operação própria.

Itens: 04, 05, 06 – quanto a alegação de que utilização do ICMS a ser creditado da operação própria necessita do encontro de débitos e créditos, salienta que o autuado conhece os moldes da Substituição Tributária, em que após a cobrança da ST, encerra-se a fase de tributação do ICMS, até a chegada do produto ao seu consumidor final. Frisa que geralmente, só para as operações normais é que se utiliza o encontro de débitos e créditos, com a compensação no final do mês.

Item: 12 – em relação a alegação de que não houve completa dedução dos valores do ICMS – Antecipação Parcial efetivamente recolhido pelo contribuinte, aponta que no Danfe nº 2153, de 09/01/2013, objeto que acobertou o trânsito do produto, não consta informação de que o ICMS alegado pela impugnante, tivesse sido recolhido, bem como, não anexou o DAE/GNRE, e a favor de quem foi efetuado o crédito como Substituição Tributária parcial. Se houve, foi a favor do

Estado de Sergipe – SE. Frisa que o autuado se refere a Antecipação Parcial, quando a autuação neste processo diz respeito a Antecipação Total.

Itens: 13 e 14 – sobre o pedido de diligência para revisão dos cálculos, o autuante observa que o autuado ao requerer tal diligência, por si só, já declara, a validade do Auto de Infração.

Itens: 15 – quanto a alegação de que não efetuou nenhum recolhimento a menor do ICMS Substituição, pois recolheu o imposto quando da realização das operações de saída da mercadoria, o autuante argumenta que não foi anexado o DAE do recolhimento da ST, relativo a este processo, conforme descrito acima, para análise por parte dos Julgadores.

Itens: 16, 17 e 18 – no tocante a alegação de que não houve qualquer erro na determinação da BC do ICMS Substituição, e que não foi incluído na BC do Tributo o desconto incondicional, vez que, preencheu os campos das Notas fiscais e o próprio **software** do Estado da Bahia gerou a cálculo, o preposto fiscal aduz que não foram anexados os Danfes que acobertaram as saídas das mercadorias do Danfe de origem de nº 2153, de 09/01/2013.

Itens: 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 – relativamente ao relato acerca da determinação da BC por meio de Pauta Fiscal, como ilegal, imoral e não aplicável, o autuante transcreveu o artigo 19, V-A, § 4º,

Item: 34 – no que tange a alegação defensiva de que a infração imputada não corresponde à realidade fática vivida pela empresa, em decorrência de contratempos de erros na escrituração da contabilidade, o autuante sustenta que estas arguição não está relacionada com o auto de infração em comento, devido ao seu conteúdo, de que não foi erro de escrituração da contabilidade que gerou o AI, e, sim, deixou de recolher o ICMS da ST total do Danfe nº 2153, de 09/01/2013, procedente de outra unidade da Federação.

Itens: 35 e 36 – destaca que a aplicação do artigo 159, parágrafo 1º, inciso II e ou III do RPAF, para exclusão da multa e dos juros imputados, é de competência exclusiva a tomada de posição do CONSEF/RPAF, em qualquer análise ou decisão.

Após rebatido item a item as razões defensivas, o autuante, prossegue destacando é notório e explicitado no RICMS/BA a obrigatoriedade da Antecipação Tributária Total, após a alteração da Lei 7014/96, no seu Artigo 8º, Inciso III, em 14/12/2012, que modificou a sujeição passiva por substituição nas operações com Álcool (Etanol) Hidratado Combustível, a responsabilidade pela retenção do imposto passou a ser do Remetente, nos termos da cláusula primeira do Convênio 110/07. Quanto ao crédito oriundo do Estado de origem, alegado pela impugnante, aponta que o mesmo está inserido no Demonstrativo de Débito folha nº 02/10 e 06/10, anexadas ao Auto de Infração.

Comenta que a Substituição Tributária (ST) é um instituto criado e implementado pelas Unidades da Federação antes do advento da atual Constituição Federal, por intermédio de legislação infraconstitucional, ou seja, de Convênios e Protocolos celebrados entre os secretários de fazenda estaduais.

Aduz que durante muito tempo, a sua constitucionalidade e legitimidade foi argüida em juízo pelos contribuintes, sob a alegação de falta de previsão constitucional e de lei complementar para a sua implementação.

Ressalta que em face da eficiência desse instituto, uma vez que a sua aplicação fez diminuir a evasão fiscal e facilitou a fiscalização, a atual Constituição Federal, no seu artigo 150, parágrafo 7º, incorporou-o definitivamente e a Lei Complementar nº 87/96 veio a legitimá-la.

Por conta disso, diz que não lhe compete julgar se a Lei que instituiu a Substituição Tributária, é legal ou ilegal.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Pelo que está descrito na descrição dos fatos, a infração se refere a “falta do recolhimento do ICMS referente à **antecipação tributária parcial ou total**, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Danfe nº 2153, de 09/01/2013, chave de acesso nº 28130104434150000598550000000021531581653155, Aut. 32813000024658; 09/01/2013 16:52:40; com 34.445,00 Litros de Etanol Hidratado, NCM/SH 22072010, Transportadora Cruz Santa Transportes Ltda, CNPJ nº 07742229/0001-32 Serra-Es, Placa veículo JOR 3892 e Carreta JRR 1164/BA, Motorista Edivaldo Nobre Procópio, CNH nº 01110251245 e demais documentos anexos”, tudo conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 210603.0006/13-5 (fls. 04/05).

Verifico que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão **JJF Nº 0132-02/13**, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, sujeito passivo e o mesmo autuante, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Considerando a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão **JJF Nº 0132-02/13**, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, *in verbis*:

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato as seguintes irregularidades:

- a) o autuante não deixa claro o que está sendo cobrado do autuado, se o ICMS substituição tributária ou antecipação parcial, pois nem mesmo o demonstrativo de débito elucida esta questão, visto que na apuração da base de cálculo não foi incluída a Margem de Valor Agregado-MVA;
- b) a infração está enquadrada na alínea “g”, inciso III do art. 332 do RICMS/2012, que trata da responsabilidade por substituição tributária com encerramento da fase de tributação, e ao mesmo tempo, no art. 12-A, § 6º da Lei 7014/96 que trata da antecipação parcial, que não encerra a fase de tributação e cuja responsabilidade pelo recolhimento é do adquirente das mercadorias.
- c) embora o autuante descreva a infração afirmando que teria exigido o comprovante de pagamento do ICMS antes da entrada no território deste Estado, porque o contribuinte se encontrava descredenciado, não inscrito ou desabilitado, lavrou o auto de infração contra o remetente das mercadorias que está estabelecido no estado de Sergipe, Petróleo do Valle Ltda., Inscrição Estadual 271.254.416. No entanto, quem se encontra descredenciada é a empresa estabelecida no estado da Bahia;
- d) o Termo de Ocorrência Fiscal fls. 04/05, lavrado como prova do ilícito fiscal, registra como detentor e fiel depositário da mercadoria apreendida, a empresa transportadora, entretanto o Auto de Infração foi lavrado contra pessoa jurídica diversa, a empresa Petróleo do Valle Ltda.

Pelo que consta dos autos, a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, considerando o desencontro e equívocos das informações já mencionadas neste voto. Inexistem elementos suficientes para caracterizar a autuação, sendo inviável o saneamento, acarretando incerteza para caracterizar a infração imputada, o que implica nulidade absoluta do ato, que deverá ser decretada, por iniciativa do próprio julgador, independentemente de provocação da parte interessada, consoante determina o artigo 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, transcrito abaixo:

“Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.”

Vale ressaltar, que é nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, conforme art.18, IV, “a” do RPAF/99. Assim, concluo que é nula a autuação fiscal, devido às mencionadas falhas insanáveis.

Assim, acompanhando o voto acima, dada a identidade com a questão discutida neste processo, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210603.1010/13-6**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR