

PROCESSO - A. I. Nº 022581.0002/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - POSTO ÁGUA MINERAL, COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1^a JJF nº 0327-01/13
ORIGEM - INFRAZ VALENÇA
INTERNET - 18/08/2014

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0210-11/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DOS FATOS MATERIAIS. Autuação efetuada em desacordo com as rotinas usuais da fiscalização, implicando desvirtuamento da natureza da imputação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação a julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2013 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$66.782,11, acrescido da multa de 60%, em razão de utilização indevida de crédito fiscal referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária por substituição, em 31/12/2012.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 07 a 11 arguindo, em síntese, nulidade do Auto de Infração por insegurança na determinação da infração; impossibilidade da conduta porque trata-se de empresa que comercializa mercadorias sujeitas à substituição tributária paga de forma antecipada e com encerramento da fase de tributação na entrada, pelo que inexiste o fim de uso de crédito fiscal quando das saídas; ausência de conexão entre a descrição do fato no lançamento e os demonstrativos ou documentos anexados, o que macula o ato fulminando-o de nulidade.

Relata equívocos de escrituração quando do uso do SPEED FISCAL, aduzindo que havia lançado no sistema operacional da empresa algumas notas fiscais de etanol, as quais traziam em destaque no seu bojo o valor do ICMS e o valor do ICMS-ST salientando que após uma apuração interna verificou que devido a erro de digitação de um seu funcionário, que destacou no lançamento de entrada das notas de Etanol, o ICMS, foram gerados créditos, os quais não saíram do papel, pois não foram utilizados. Frisa que em face de tal procedimento, quando da geração dos arquivos para envio pelo SPEED FISCAL apareceram valores de créditos de ICMS, das referidas notas que, reitera, nunca foram utilizados. Ressalta que além do SPEED enviado a partir de janeiro 2013 também enviou à SEFAZ, mensalmente, informações através do *“Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestadual com Mercadorias e Serviços”* – SINTEGRA e a DMA – *“Declaração e Apuração Mensal do ICMS”*, nos quais não existem referências ou consta esse crédito e nem a utilização do mesmo, conforme foi apontado no Auto de Infração. Assinala que, de igual modo, os livros Registro de Apuração de ICMS; as Declarações e Apurações Mensais do ICMS; os livros Diários; e os registros contábeis não demonstram esses créditos e muito menos a sua utilização. Diz que o Fisco tem condições de apurar a verdade dos fatos, o que não pode e, tampouco se admite, que seja apenado injustamente. Sustenta que, para que pudesse ser responsabilizado, necessário seria a prova da utilização indevida dos créditos, o que não restou comprovado, por absoluta impossibilidade.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 28 consignando que o autuado pratica o comércio varejista de combustíveis e lubrificantes na condição de posto, e ao produzir sua escrituração fiscal digital no ambiente do SPED registrou, em suas entradas, o valor da nota, a base de cálculo

e o crédito de ICMS de algumas notas fiscais. Que, considerando que todas as saídas realizadas pelo autuado foram escrituradas sem débito de ICMS, e também que as mercadorias (etanol) referentes a estas notas fiscais não figuram no estoque final do ano de 2012, tendo em vista que a saída foi imediata, em face da rotatividade do posto, ter-se-ia afigurado o nascimento de pseudo direito a “crédito acumulado ficto”. Que restaria ao autuado proceder ao estorno do crédito fiscal, o que não fez. Que, além disso, existe a solidariedade com o fornecedor (distribuidor) do etanol, quanto ao recolhimento do ICMS normal e ICMS-ST destacados na nota fiscal que o autuado registrou como crédito fiscal. Finaliza mantendo o Auto de Infração.

O julgamento unânime em primeira instância declarou a Nulidade do Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0327-01/13, às fls. 34 a 37. Em seu voto assim se expressa o ilustre Relator:

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre utilização indevida de crédito fiscal referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária.

O autuado argui a nulidade da autuação por insegurança na determinação da infração e impossibilidade da conduta. Alega que a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados, o que macula o ato fulminando-o de nulidade.

Afirma que a falta de clareza e precisão dos fundamentos alegados no Auto de Infração esbarra em nítida contradição, porquanto, no caso em tela, trata-se de Posto de Combustível cuja aquisição do produto ocorre com o ICMS recolhido antecipadamente. Sustenta que não houve utilização de crédito fiscal inerente ao valor do ICMS recolhido antecipadamente, sendo nulo o Auto de Infração.

Cabe- me apreciar a preliminar de nulidade arguida.

Efetivamente, não vejo como prosperar o lançamento de ofício em exame, haja vista a existência de vícios que o inquinam de nulidade.

Assim é que, observo que inexiste nos autos qualquer termo que indique o inicio do procedimento fiscal, a exemplo, do termo de início de fiscalização, do termo de intimação para apresentação de livros e documentos, consoante exige o art. 28 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Certamente que a ausência nos autos do termo inicial do procedimento fiscal poderia ser objeto de diligência, a fim de que fosse acostado ao processo, sendo, portanto, um vício sanável, desde que lavrado em tempo hábil.

Ocorre que, no presente caso, verifico a existência de outros vícios, como a ausência de planilhas e demonstrativos que indiquem como foi apurada a base de cálculo e o montante do imposto exigido.

Também nessa situação, entendo que poder-se-ia converter o feito em diligência, para que fossem entregues ao autuado os referidos demonstrativos, obviamente, com a reabertura do prazo de defesa.

Observo que apenas na informação fiscal foram juntadas algumas planilhas e um CD, cujas cópias não foram ofertadas ao contribuinte, pelo menos é o que se pode inferir pela ausência de qualquer registro nos autos nesse sentido.

Além dos vícios acima reportados, observo que no lançamento foi indicada como “Data de Ocorrência” 31/12/12, quando deveria ter sido indicada a data de ocorrência do respectivo fato, ou seja, cada período mensal onde houve a apropriação do crédito fiscal considerada indevida.

Independentemente dos pontos suscitados acima, o aspecto que considero mais relevante diz respeito à forma como o lançamento foi efetuado, haja vista que exige imposto e ainda impõe multa de 60%.

A fundamentação para imposição da multa consta no Auto de Infração como sendo o art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Sobre esse artigo cabe registrar que com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, a legislação tributária referente à utilização indevida de crédito fiscal foi modificada, passando a exigir da autoridade administrativa encarregada da sua aplicação uma análise conjunta do disposto nos incisos II, “f”, e VII, “b”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para que se chegasse à multa e ao valor a ser lançados.

Assim dispõem os acima referidos dispositivos legais:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Ora, no caso em exame, o autuado se trata de posto de combustível cujas aquisições de mercadorias ocorrem sob o regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação do ICMS encerrada, inexistindo a possibilidade de utilização de crédito fiscal, por não haver obrigação principal a ser cumprida.

Dessa forma, quando da realização da auditoria fiscal levada a efeito pela Fiscalização, deveria ter sido intimado o contribuinte para estornar o crédito fiscal escriturado indevidamente, cabendo, apenas, se fosse o caso, a imposição da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96, jamais exigência de imposto, conforme a autuação.

Desse modo, considerando que a autuação foi efetuada em desacordo com a rotina aplicável ao caso, portanto, implicando desvirtuamento da natureza da imputação, o Auto de Infração é nulo.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de reexame necessário em razão de Recurso de Ofício.

Irretocável a Decisão recorrida.

Observo que no Auto de Infração há a citação do artigo 9º da Lei do ICMS na Bahia, Lei nº 7.014/96, que define:

Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Parágrafo único. O encerramento da fase de tributação referido neste artigo implica que, com a realização efetiva do fato gerador presumido, salvo disposição em contrário, não importa que seja o valor da operação superior ou inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou outra circunstância que exija correção.

Ou seja, o próprio Fisco já assinala que a fase de tributação estaria encerrada nas saídas do combustível, que é a mercadoria objeto da exação, embora não indique tal mercadoria no Auto de Infração, mas a especifique ao prestar a informação fiscal (fl. 24).

Não há prova, nos autos, de uso indevido de crédito fiscal.

Assinalo, tal como já dito no didático voto da Decisão *a quo*, que se ocorridas apenas as lacunas quanto à forma do lançamento de ofício, poder-se-ia saná-las, acrescendo-se a isto a imprescindível reabertura do prazo de impugnação. Porém, tal como dito pelo contribuinte e acolhido pela JJF, inexistiu a prova da utilização, sequer escritural, de crédito fiscal. Diante do erro admitido pelo contribuinte, quanto às informações prestadas ao Fisco por meio digital, observo que da análise da documentação acostada aos autos não se pode também garantir a regularidade da escrituração das operações praticadas pela empresa.

Diante do exposto, endosso integralmente toda a fundamentação exposta no voto de Primeira Instância e voto pela manutenção da Decisão da JJF que julgou NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **022581.0002/13-0**, lavrado contra **POSTO ÁGUA MINERAL, COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS